

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LES TECHNIQUES DE L'ÉCONOMIE CONCERTÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 6 Septembre 1970

par

Michel FLEURIET

PARIS
ÉDITIONS SIREY
22, rue Soufflot, 75005
1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation
aux opinions émises dans les thèses — Ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs —

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE

ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS

**LES TECHNIQUES
DE
L'ÉCONOMIE CONCERTÉE**

**THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT**

présentée et soutenue

par

Michel FLEURIET

UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT

LES TECHNIQUES DE L'ECONOMIE CONCRÈTE



POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présenté par

par

MICHEL VILLET

A mes Parents.

*Qu'il me soit permis d'exprimer
à Monsieur le Doyen Roger
PERCEROU ma profonde gratitude
pour m'avoir guidé de ses conseils
et de ses critiques toujours utiles.*

M. F.

PRÉFACE

Politique contractuelle, contrats fiscaux, contrats de programme, contrats de décentralisation, etc., autant de vocables apparus, durant le cours de ces dix dernières années, au firmament du vocabulaire politico-juridique et souvent disparus, il est vrai, au contact de la réalité, tels ces météorites qui se volatilisent en rentrant dans l'atmosphère.

Pour le citoyen moyen, mais plus encore sans doute pour le juriste, cette invocation lancée de façon réitérée aux esprits tutélaires de la négociation, de la bonne foi, du respect des engagements réciproques, cet appel fait aux techniques contractuelles en tant que mode d'organisation des rapports de l'Etat et de ses ressortissants ne peuvent manquer de susciter quelque perplexité, voire quelque incrédulité.

Certes, sur un plan intellectuel, au niveau des idées générales, il n'est en aucune manière surprenant — toutes considérations purement politiques mises à part — qu'un Etat, qui en matière d'organisation de l'économie ne se veut ni intégralement socialiste ni totalement libéral et capitaliste ou néo-capitaliste, soit amené à envisager la négociation contractuelle et la stipulation d'engagements réciproques ou multilatéraux comme formant le cadre le plus approprié à la mise en œuvre de ses interventions dans le domaine économique et social.

Dans une telle voie, en effet, l'Etat ne peut se borner à jouer le rôle d'un gendarme ou d'un arbitre garantissant, par des prohibitions et des sanctions, le respect d'une règle du jeu fondée sur la libre concurrence. Mais il ne peut, d'ailleurs, planifier globalement et autoritairement une économie dont il entend promouvoir le développement, grâce, pour l'essentiel, au jeu des mécanismes d'une « concurrence efficace » qui doit être constamment organisée et réorganisée en fonction de la conjoncture... si l'on veut précisément qu'elle demeure efficace.

L'Etat est dès lors fatalement amené à jouer le rôle d'un agent économique parmi les autres — et comme les autres dans une large mesure — donc à se soumettre lui-même au jeu d'une concurrence organisée. Il a, certes, le pouvoir et peut-être la mission de définir, au niveau global, le modèle de cette concurrence. Mais dans le cadre de ce modèle ses interventions ponctuelles ou conjoncturelles doivent, sous peine de courir le risque de voir le système bloqué comme par l'introduction d'un corps étranger, conserver le plus possible un caractère amiable et concerté, donc contractuel.

Mais, dans la pratique, et au-delà des mots, après des décennies, voir des siècles durant lesquels, au nom des contraintes que comporte le rôle de la puissance publique, on s'est efforcé de développer l'autorité

de l'Etat, de justifier les prérogatives exorbitantes du droit commun dont elle est assortie, est-il véritablement concevable qu'en quelques années, ce maître souverain ait pu se plier aux humbles et instantes contraintes que comporte la négociation, la signature et l'exécution de contrats ? Est-il vraisemblable, également, qu'il ait pu se faire accepter comme un co-contractant fiable — malgré sa puissance — envers qui l'on s'engage réellement... autrement que du bout des lèvres ou du bout d'une plume rétractable ?

Ce sont, au-delà des aspects particuliers, les éléments de réponse à cette question qu'il apporte qui font, sans doute, l'intérêt essentiel de l'ouvrage de M. Michel Fleuriet. Docteur en droit de la Faculté de Paris, l'auteur a, depuis, brillamment complété sa formation par l'obtention, aux Etats-Unis, d'un Ph. D. de finances. Il a pu ainsi, en remettant à jour, pour sa publication, la thèse qu'il avait rédigée, la revoir avec les yeux qui sont à la fois ceux d'un juriste qualifié et d'un spécialiste de la gestion des entreprises.

Sans doute, les conclusions que suggère la lecture de ce livre ne sont-elles pas, à première vue, des plus positives. Il reste encore beaucoup à faire pour que ces « contrats » aux noms variés et nouveaux soient autre chose — au regard d'une analyse juridique sérieuse — qu'une déclaration d'intention ou, au mieux un protocole d'accord sans contenu réel bien défini... Mais, techniquement, les instruments d'une évolution existent. Il suffirait de les découvrir... et surtout de vouloir réellement les utiliser. Il n'y a pas de contrat sous contrainte. Que l'on cesse de parler de « contrats » en matière d'interventions de l'Etat dans le domaine de l'action économique... ou que l'on fasse en sorte qu'il s'agisse de véritables contrats.

Roger PERCEROU,
Professeur à l'Université
Paris I, Doyen honoraire
de la Faculté de Droit et
des Sciences Economiques
de Rennes.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — L'intervention sur l'économie	3
SECTION 1. — <i>L'influence économique de l'Etat</i>	3
§ 1. L'influence économique inhérente à l'organisation étatique ..	5
I. Organisation de la société économique	5
II. Détermination des techniques juridiques	6
III. Fonction d'utilité collective	7
§ 2. L'impératif industriel	8
SECTION 2. — <i>L'octroi individuel d'avantages particuliers</i>	11
§ 1. La place des techniques directives dans l'ordre juridique ..	12
I. Tentative de qualification	12
II. Le critère contractuel en droit commun	16
III. Les techniques directives et les principes généraux ..	19
I. L'effet indicatif	21
II. L'effet directif	22
CHAPITRE II. — L'économie des interventions	25
SECTION 1. — <i>Les formes juridiques de l'activité économique</i>	25
§ 1. Description des ordonnances économiques de 1967	26
§ 2. Mesures tendant à orienter les opérations économiques ...	29
I. L'influence économique du formalisme	29
II. Les incitations positives à agir	31
§ 3. Mesures tendant à orienter les structures économiques ...	32
SECTION 2. — <i>Les techniques sectorielles d'intervention</i>	35
§ 1. La fourniture de capitaux	36
§ 2. L'action sur les résultats financiers	39
§ 3. L'action sur l'environnement de l'entreprise	42
I. L'organisation des débouchés	42
II. La création d'un environnement industriel	43
§ 4. L'information industrielle	44
CONCLUSION	44

TITRE I — LES CONTRATS FISCAUX

SOUS-TITRE I

LA QUALIFICATION DES TECHNIQUES DIRECTIVES FISCALES

SECTION 1. — <i>L'agrément fiscal</i>	52
§ 1. Les conditions d'octroi d'un agrément fiscal	53
§ 2. Agrément fiscal et agrément administratif	56
SECTION 2. — <i>Qualification du contrat fiscal</i>	57
§ 1. La solution contractuelle	58
§ 2. Critiques de la qualification contractuelle	64
CONCLUSION	68

SOUS-TITRE II

LE REGIME DES CONTRATS FISCAUX

CHAPITRE I. — La formation des contrats fiscaux	74
SECTION 1. — <i>Les personnes habilités à contracter</i>	74
§ 1. L'agent administratif compétent	76
§ 2. La capacité de l'entreprise contractante	77
SECTION 2. — <i>L'accord des volontés dans le contrat fiscal</i>	82
§ 1. Le mécanisme de l'accord des volontés	83
§ 2. Le contenu des volontés	84
SECTION 3. — <i>La cause de l'engagement</i>	86
§ 1. La cause abstraite	87
§ 2. La cause objective	90
SECTION 4. — <i>L'objet du contrat fiscal</i>	91
§ 1. Les catégories de contrats fiscaux et leur objet	92
§ 2. L'objet de l'obligation de la firme	95
§ 3. Les caractères que doit présenter l'objet	98
SECTION 5. — <i>Les conditions de forme</i>	102
CHAPITRE II. — Les conséquences du contrat fiscal	105
SECTION 1. — <i>Les effets du contrat fiscal</i>	105
§ 1. Les obligations nées du contrat fiscal	106
I. La durée des obligations	107
II. La révision du contrat	108
§ 2. Les personnes obligées par le contrat	112
SECTION 2. — <i>Les moyens d'exécution du contrat fiscal</i>	116
§ 1. L'exécution forcée en nature	117
I. Le domaine de l'exécution forcée	117
II. Les moyens de pression dont dispose l'Etat	119
§ 2. L'exécution par équivalent	123
I. La responsabilité de l'administration contractante	123
II. Le régime de responsabilité applicable	126
§ 3. Les règles propres à l'exécution des contrats synallagmatiques	129
CONCLUSION	131

TITRE II — LES CONTRATS D'AIDE FINANCIÈRE

CHAPITRE I. — Les conditions de formation des contrats d'aide financière	138
SECTION 1. — <i>Les personnes habilités à contracter</i>	139
§ 1. L'agent administratif compétent	139
§ 2. La capacité de l'entreprise contractante	142
SECTION 2. — <i>L'accord des volontés dans le contrat d'aide financière</i>	143
§ 1. Le mécanisme de l'accord des volontés	143
§ 2. Le contenu de l'accord des volontés	146
SECTION 3. — <i>L'objet des contrats d'aide financière</i>	148
§ 1. L'objet des obligations de la firme	149
§ 2. L'objet des obligations de l'administration	153
§ 3. La licéité des aides financières	156
SECTION 4. — <i>Les conditions de forme</i>	160
§ 1. La procédure d'octroi des primes	160
§ 2. La procédure d'octroi des prêts	161
§ 3. La procédure d'octroi des aides à la recherche	162

CHAPITRE II. — Les conséquences du contrat d'aide financière	163
SECTION 1. — <i>Les effets des contrats d'aide financière</i>	164
§ 1. Détermination des obligations nées du contrat d'aide	164
§ 2. Les personnes obligées par le contrat d'aide	168
SECTION 2. — <i>Les moyens d'exécution du contrat d'aide financière</i> ...	171
§ 1. L'exécution forcée en nature	171
A) Les conditions de l'exécution forcée	172
B) Les moyens de l'exécution forcée	176
§ 2. L'exécution par équivalent	178
§ 3. Les règles propres à l'exécution des contrats synallagmatiques	181
CONCLUSION	183

TITRE III — LA RÉGLEMENTATION DES PRIX

SECTION 1. — <i>La détermination autoritaire des prix</i>	186
§ 1. Le blocage des prix	186
§ 2. La taxation	187
§ 3. Le régime du cadre des prix	187
SECTION 2. — <i>Les « contrats » de stabilité</i>	188
SECTION 3. — <i>Les contrats de programme</i>	191
§ 1. L'engagement professionnel	193
§ 2. L'arrêté ministériel de libération des prix	196
§ 3. L'adhésion des entreprises	199
§ 4. Les accords anti-hausse	202
SECTION 4. — <i>Les accords de programmation</i>	203
§ 1. Le régime des prix à la production	204
§ 2. Le régime des prix à la distribution	206
§ 3. La qualification juridique des régimes « conventionnels » de détermination des prix	207
CONCLUSION	209
BIBLIOGRAPHIE	215
TABLE DES MATIÈRES	239

INTRODUCTION

Depuis une quinzaine d'années, l'Etat utilise des méthodes nouvelles pour diriger l'économie, qui tendent à remplacer les interventions classiques par voie autoritaire et générale. La principale caractéristique de ces nouvelles techniques d'intervention est de permettre à l'Etat et aux entreprises de se consentir des engagements réciproques, ce qui les rapproche de la formule contractuelle (1). Ainsi « l'agrément se substitue au règlement, la notion de contrat ou de quasi-contrat à celle de loi ou de décret » (2). Par ces accords entre l'Etat et les firmes, le premier s'engage à apporter une aide financière, à consentir une aide fiscale ou encore à autoriser une dérogation à la réglementation des prix ; en contrepartie l'entreprise s'engage à atteindre certains objectifs économiques en échange de l'appui qui lui est ainsi accordé. La dénomination de ces techniques nouvelles n'est pas très nette : on les qualifie de « contrats » ou de « quasi-contrats », de « conventions », et l'on parle d'« économie contractuelle » ou même « concertée » pour caractériser les rapports nouveaux entre l'Etat et l'industrie. De fait, la structure de ces mécanismes n'est pas sans rappeler les différents cadres de droit privé qu'utilisent les particuliers dans leurs rapports économiques.

Ces méthodes nouvelles d'intervention reflètent ainsi une certaine ambiguïté puisqu'elles sont en définitive des cadres d'activité privée utilisée à des fins d'interventionnisme public. Cette ambiguïté n'est pas limitée au niveau des moyens utilisés. Elle caractérise l'économie française tout entière. L'on s'accorde à reconnaître que la doctrine économique de l'Etat est de nature libérale et pourtant des Plans de développement national assignent à l'industrie des objectifs quinquennaux. La force obligatoire de la planification, et par là sa nature juridique, a donné lieu à de nombreuses études qui soulignent cette ambiguïté : le Plan n'est-il simplement qu'une prévision de ce que seront les résultats du marché dont on laisse jouer les mécanismes, ou bien assigne-t-il réellement des objectifs à l'activité privée ? La réponse à cette question dépend de l'analyse des moyens par lesquels l'Etat entend faire passer dans les faits sa politique économique (chapitre I).

La réalité se situe vraisemblablement entre ces alternatives. L'Etat impose peu mais organise les conditions économiques et sociales

(1) G. de SENNEVILLE, *L'économie contractuelle*, projet 1967.

(2) J. FOURASTIÉ et J.-P. COURTHEUX, *Planification...*, p. 123.

favorables à l'adoption d'un comportement déterminé (1). Cette intervention n'est pas incompatible avec un état de concurrence. Mais elle agit sur la motivation de l'action économique et oriente ainsi les activités industrielles dans des voies conformes aux objectifs publics (chapitre II).

(1) Michel VASSEUR, *Le Droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, p. 361.

Ces aspects économiques sont abordés dans Masahiko Aoki. « Marshallian external economics », *Econometrica*, janv. 1971, p. 35.

CHAPITRE I

L'INTERVENTION SUR L'ÉCONOMIE

La politique économique cherche à promouvoir durablement un développement aussi élevé et régulier que possible de l'activité industrielle. Elle n'est pas incompatible par essence avec une économie libérale. On peut fort bien concevoir que cette politique soit établie par référence aux lois d'un marché concurrentiel, pour en exploiter les forces, en renforcer le dynamisme et en compenser les faiblesses. Ainsi l'Etat devra intervenir pour éclaircir les décisions à longue portée, que le marché ne peut orienter valablement. Il devra également suppléer les carences du marché dans les secteurs où la concurrence ne suffit pas à assurer la contraction des coûts, ou le développement des innovations, ou le renforcement d'activités industrielles jugées indispensables, ou encore risque de créer des déséquilibres sociaux difficilement supportables.

S'il n'y a pas incompatibilité au niveau des objectifs entre un système libéral et le souci de diriger de l'économie, du moins cette dualité peut-elle faire naître des discordances dans les techniques. A partir du moment où l'Etat décide d'intervenir sur les opérations économiques, ne serait-ce que de façon complémentaire aux lois du marché, son action ne contredit-elle pas la concurrence qui suppose une dialectique des libres volontés ? Nous essayerons de montrer dans ce chapitre que l'Etat dispose de techniques d'intervention économique qui ne portent pas directement atteinte à la liberté. D'une part, la fonction d'organisation sociale qu'il assume modifie l'évolution économique (section I). Elle est pourtant indispensable à l'expression de la volonté. L'Etat peut d'autre part intervenir de façon spécifique en respectant l'autonomie de la volonté, par l'octroi d'avantages particuliers en échange du respect de certains objectifs économiques (section II).

Section I. — L'influence économique de l'État

L'utilisation par l'Etat de son influence sur l'économie ne résulte pas d'une doctrine cohérente. Souvent, dans le passé, les pouvoirs publics ont utilisé des moyens d'intervention impératifs sous la pression de besoins immédiats, alors que des moyens d'action qui ne détruisaient pas les mécanismes du marché auraient eu la même efficacité.

Les moyens d'intervention publique, nés de façon empirique, ne répondent que très imparfaitement aux besoins d'une économie ouverte au marché international. Valables dans une industrie refermée sur elle-même, ils sont néfastes dans un marché élargi au niveau européen. Les techniques d'action sur l'économie compatibles avec un système concurrentiel doivent être différentes de celles que l'Etat a utilisées dans le passé malgré un principe de stricte neutralité.

Historiquement, en effet, l'interventionnisme s'est développé sous la pression des besoins conjoncturels (1) mais un principe général du droit français aurait dû logiquement l'interdire. La Révolution française, prenant le contre-pied de l'économie monarchique corporative, avait affirmé le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. La liberté d'entreprendre ne souffrait comme exceptions que les mesures législatives permettant de la défendre contre elle-même et de sauvegarder des valeurs éthiques jugées fondamentales.

Durant le xix^e siècle, l'accélération du progrès technique donna une importance que l'on considéra en France comme vitale à certaines activités industrielles. Le développement de la production fit ainsi passer le système capitaliste, de l'état « atomique » à l'état « moléculaire ». Certains groupes acquirent le pouvoir sur des secteurs entiers de l'économie nationale. Les problèmes sociaux s'ajoutant à cela, l'on commença à remettre en question la validité de la neutralité étatique. L'Etat pouvait-il se contenter de rester « un gendarme » et se limiter à sanctionner les infractions à la règle du jeu économique ? La dichotomie entre les activités publiques et privées, la distinction entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, devenaient de toute façon de moins en moins nettes. L'activité de certaines firmes privées étant d'intérêt général, l'Etat devait intervenir pour le protéger.

La première guerre mondiale a obligé l'Etat à « mobiliser » l'économie puis à maintenir son influence dès le retour à la paix, pour qu'elle trouve un nouvel équilibre. La guerre marque ainsi une rupture entre deux époques : elle souligne, précise, et justifie le rôle d'intervention économique de l'Etat. Entre les deux guerres mondiales, l'Etat n'a plus hésité à modifier le jeu du marché. Contrôle ou contingentement des importations, limitation de la production et des échanges furent considérés comme mesures courantes, nécessaires même, pour limiter les effets de la Grande Dépression. Non seulement la politique intervenait dans la vie économique, mais encore certains groupements professionnels furent associés à l'exercice du pouvoir. Il y avait donc une large symbiose entre les activités d'intérêt privé et celles d'intérêt général.

L'aboutissement de cette emprise de l'Etat sur l'économie fut la suppression d'un des mécanismes fondamentaux du marché : la libre détermination des prix par le jeu de l'offre et de la demande. Le législateur bloqua les prix le 28 juin 1937. Et finalement, la loi du

(1) B. CHENOT, *L'organisation économique de l'Etat*, notamment p. 54 et s. ; A. PIETTRE, *Les trois âges de l'économie*, p. 270 et s.

11 juillet 1938 portant organisation de la nation pour le temps de guerre vint prévoir jusque dans ses moindres détails la mainmise complète de l'Etat sur l'économie. Ce texte crée, en effet, une vaste armature administrative possédant tous les pouvoirs sur les secteurs agricoles et industriels : pouvoir impératif par l'édiction de règlements, prise de possession directe de certains secteurs par les entreprises publiques par exemple. Ces formes, autoritaires, comme les institutions corporatives de l'économie d'occupation ont été abolies lors de la reconstruction de l'industrie d'après-guerre.

Mais l'entreprise privée subit toujours les pressions des entreprises publiques ; elle doit respecter de nombreux textes législatifs, ou simplement réglementaires, qui spécifient la nature de la production, en commandent le volume, et modifient les échanges. Ces mesures impératives sont souvent néfastes pour la recherche de compétitivité d'une économie qui veut s'ouvrir à un marché élargi.

Pourtant l'Etat dispose d'autres moyens d'intervention compatibles avec l'économie de marché. L'organisation étatique influe sur l'environnement de l'entreprise par le fait même qu'elle existe. Les décisions publiques ont ainsi une action sur l'économie, qu'elle soit ou non consciente (§ 1). Dans une économie qui vise la compétitivité sur le marché international ces choix ne doivent pas aller à l'encontre du développement. Au contraire, l'Etat doit utiliser systématiquement son influence sur le secteur économique pour favoriser le développement de l'industrie. Une telle orientation suppose que l'activité publique soit soumise à l'impératif industriel (§ 2).

§ 1. — L'INFLUENCE ÉCONOMIQUE INHÉRENTE À L'ORGANISATION ÉTATIQUE

L'influence de l'Etat résulte de sa fonction d'organisation sociale. Il fixe les règles du jeu économique et définit des techniques juridiques qui permettront de donner forme aux activités privées. Mais le souci d'organisation l'amène aussi à assumer une fonction d'utilité collective et en conséquence à établir un budget qui oriente profondément le développement industriel. Reprenons ces trois points :

I. Organisation de la société économique

La création de lois et d'institutions influe sur le développement économique. L'organisation d'un cadre de légalité qui limite le jeu des volontés agit sur la production et les échanges. On peut dire que « par le fait même qu'il existe, tout gouvernement a une politique économique, cohérente ou non, systématique ou non, comme tout Etat a sa constitution écrite ou coutumière » (1). Pourtant, ce cadre de légalité est indispensable en tant qu'il détermine les règles du jeu économique. Certes, le rôle du pouvoir doit être purement négatif

(1) B. CHENÔT, *L'organisation économique de l'Etat*, p. 454.

pour les économistes et les juristes classiques. Il doit se limiter à assurer le jeu des libertés individuelles. Mais, même en « laissant faire », il doit édicter un certain nombre d'interdictions qui ont leur influence sur le développement. C'est que le libre jeu des lois du marché n'est pas possible dans l'absolu. Il ne se conçoit que dans un cadre d'institutions qui s'organisent dans l'Etat. La concurrence n'est pas un « état de nature ». « La concurrence est une technique d'organisation de l'économie relativement récente (trois siècles) hautement artificielle et qui ne peut exister qu'imposée par un Etat fort et stable » (1). L'Etat doit imposer un cadre de légalité souvent complexe alors même qu'il se borne à assurer le libre épanouissement des initiatives individuelles.

Il y a deux raisons principales à ce rôle de police. La concurrence est le résultat d'une dialectique des volontés. Donc les agents économiques doivent être libres. Mais l'autonomie de la volonté ne peut être totale au risque de se détruire elle-même. Une limitation de la liberté est nécessaire pour sauvegarder la concurrence. Il y a, d'autre part, un ensemble de valeurs ressenties comme fondamentales par le groupe national. L'Etat n'admet pas que la liberté puisse y porter atteinte et ainsi la limite encore. Ces limites s'expriment par des lois impératives qui déterminent la part de liberté laissée aux agents économiques. En laissant un champ plus ou moins ouvert à la libre concurrence, ce cadre de légalité est susceptible d'exercer une influence sur le développement industriel.

II. Détermination des techniques juridiques

A l'intérieur de ce cadre de légalité, les opérations économiques s'expriment sous forme juridique. Les techniques formelles que l'Etat met à la disposition des particuliers constituent « l'habillage » nécessaire de leur activité économique. Et suivant que les institutions proposées sont plus ou moins utiles pour l'agent économique, elles favoriseront ou entraveront au contraire l'activité économique qu'elles recouvrent (2).

Mais surtout, il faut remarquer que l'Etat tend à donner valeur obligatoire aux formes qu'il propose. Cette évolution du formalisme s'explique du fait que plus se diversifient les activités économiques, plus elles intéressent des personnes n'ayant aucune relation antérieure entre elles. Le développement de relations d'affaires entre des individus qui ne se connaissent pas oblige à organiser une information que les agents économiques ne peuvent obtenir par eux-mêmes. Et comme la publicité est un mécanisme trop lourd pour l'industrie, cette évolution conduit à éliminer les situations particulières que l'on réduit à des « standards » sur lesquels les partenaires économiques peuvent compter. L'emploi de ces formes habilitantes est obligatoire ; elles constituent le « moule » nécessaire pour toutes les activités écono-

(1) O. GELINIER, *Le secret des structures compétitives*, p. 73.

(2) G. FARJAT, *L'ordre public économique*, thèse, p. 33.

miques du même type. Ainsi n'est-il pas besoin d'examiner en détail la situation financière de celui qui utilise un chèque, ou une des formes obligatoires pour éviter un paiement immédiat. La forme elle-même permet de supposer qu'il a une provision. On comprend que ce formalisme obligatoire qui accélère les opérations en évitant une période d'informations réciproques, se développe en même temps que les relations économiques deviennent plus complexes (1).

Par contrecoup, ces formes juridiques qui pallient le défaut de connaissance personnelle restreignent la liberté des agents économiques. Leur volonté doit s'exprimer par des formes habilitantes. Elles les soumettent à des contraintes et ont ainsi une influence sur les opérations économiques.

III. Fonction d'utilité collective

L'Etat organise la défense du pays, assure une mission de police, et veille à l'équipement du territoire par l'exécution de travaux d'intérêt général. Il a été en effet de tout temps admis, même par les libéraux les plus orthodoxes, que l'exécution de travaux qui forment l'infrastructure nécessaire au développement de toute vie économique entraine dans les attributions d'un Etat libéral (2). La multiplication des ministères au cours du XIX^e souligne ce rôle d'équipement d'un Etat non interventionniste (3). Par conséquent, l'Etat est responsable de l'environnement des entreprises. Ce climat économique est indispensable à la compétitivité à long terme de la firme. L'entreprise prend place dans un contexte économique et financier qu'elle prend comme elle le trouve. Elle n'a le plus souvent aucun moyen de le modifier. C'est pourtant en considération de ces conditions de développement qu'elle devra atteindre la compétitivité (4).

Ces travaux d'utilité collective organisent une position stratégique sur le marché à certaines entreprises déterminées. Ils introduisent une distorsion dans le coût de la production et ont ainsi une influence sur la production et les échanges. Aussi propose-t-on de les réduire dans la mesure du possible. Tout au moins, peut-on essayer de faire participer les entreprises qui en profiteront par la suite, à la création d'infrastructures qui lui permettent de se développer. Car l'équipement a un coût, et il semble conforme à l'idéal de neutralité que l'Etat mette une partie de ce coût à la charge des entreprises qui en bénéficieront. En l'absence d'une formule de compensation les travaux d'équipement orientent le développement industriel à long terme.

(1) J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Mélanges Ripert*, T. I, 1950, p. 93 et s.

(2) B. CHENOT, précité, p. 454.

(3) Cf. à cet égard l'historique retracé par B. CHENOT, in *L'organisation économique de l'Etat*, précité, p. 46 et s.

(4) Cf. L. STOLERU, *L'impératif industriel*, p. 189, qui souligne que « dans cet environnement, il est clair que l'Etat joue un rôle privilégié parce qu'il est à la fois producteur d'un grand nombre de biens industriels, électricité, gaz, transports, consommateur de biens et services pour ses programmes d'équipement, et responsable du cadre institutionnel dans lequel se meut l'entreprise ».

Enfin, la fonction d'utilité collective de l'Etat fait de lui un consommateur. Par le montant de ses achats et le choix des entreprises privées auxquelles il s'adresse, il exerce une influence sur le développement économique. Pour financer cette consommation, il doit lever des impôts qui introduisent, bien sûr, des distorsions économiques (1).

On constate ainsi l'influence considérable qu'exerce l'Etat sur l'économie par le fait même qu'il existe. Indépendamment des mesures qui s'adressent à tel secteur ou telle entreprise, il oriente l'activité économique de façon globale. Une doctrine qui inspire notamment le rapport du Comité de développement industriel (2) propose, en conséquence, que les activités publiques soient utilisées de façon consciente et coordonnée afin de favoriser la compétitivité internationale des entreprises françaises. Ceci permettrait de réduire les interventions publiques qui trop souvent détruisent les mécanismes fondamentaux du marché.

L'appareil étatique est indispensable au maintien de l'activité économique, et exerce une influence sur celle-ci. Il semble donc possible d'agir sur l'industrie, et de limiter les interventions publiques spécifiques, en recensant et en utilisant rationnellement les influences de l'Etat. Ainsi serait aplanie « la double série de discordances entre la démocratie libérale, le régime capitaliste et l'économie dirigée » (3). Ceci suppose que l'activité publique se soumette à l'« impératif industriel ».

§ 2. — L'IMPÉRATIF INDUSTRIEL

Tel est le titre d'un ouvrage récent (4) qui reprend en les développant les conclusions du Comité de développement industriel. Ce rapport souligne tout particulièrement le fait que toute politique a des conséquences économiques. Par conséquent toute décision de gestion doit être précédée d'un examen systématique des implications industrielles auxquelles elle peut donner naissance. Les choix politiques doivent tenir compte de l'impératif industriel. De même que les exigences d'une gestion rationnelle de l'entreprise supposent que l'on ne constate pas passivement le résultat de l'activité annuelle en mesurant le profit, mais que ce « résultat » soit la cause première des choix économiques, de même propose-t-on de renverser le processus habituel de décision dans la gestion des affaires publiques (5). Puisque toute politique a des implications industrielles, l'urgence de restau-

(1) Rappelons que même un budget en équilibre modifie l'équilibre économique et que la taille même du budget sans déficit a un effet expansionniste. (Cf. W. J. BAUMOL et M. H. PESTON, in *America Economic Review*, mars 1955, pp. 140-148.)

(2) Rapport du « Comité de développement industriel », en date du 23 avril 1968 — Supplément aux notes et études documentaires ; — Commissariat général au plan.

(3) B. CHENOT, précité, p. 546.

(4) L. STOLERU, *L'impératif industriel*, précité.

(5) *L'impératif industriel*, p. 190.

rer la compétitivité de l'industrie conduit à donner une politique à ces implications : la politique économique ou industrielle.

La politique industrielle suppose que l'on recense d'abord les décisions publiques qui entraînent des répercussions sur l'économie privée. Elle conduit également à déterminer des objectifs pour l'économie nationale, compatibles et cohérents. Toutes les décisions de l'Etat devront alors être utilisées de façon coordonnée pour faire passer ces objectifs dans les faits.

L'interventionnisme économique, en ce sens, est donc différent de ce qu'il a été dans le passé : il ne s'agit plus du tout de fausser les règles de concurrence, mais au contraire d'en exploiter les forces et d'en compenser les faiblesses (1). La philosophie économique de l'Etat reste fondamentalement libérale. La nécessité d'un interventionnisme ainsi conçu a été reconnue par les chefs d'entreprise eux-mêmes (2).

Mais la situation économique commande parfois que l'Etat intervienne de façon plus spécifique. Le marché n'éclaire pas le futur par exemple, et dans les domaines comme ceux de la recherche il est inopérant. La mutation de secteurs en crise appelle une intervention rigoureuse également. Bien d'autres exemples pourraient être cités. Ceci étant, quels sont les moyens dont dispose l'Etat pour intervenir de façon sélective ? Ils sont très variés mais ont pourtant un point commun : ces techniques ont pour objet de modifier un comportement qui aurait été différent spontanément. Elles obligent les agents économiques à agir dans le sens des objectifs économiques de l'Etat.

Or, la règle de droit impérative oblige un individu à faire ou à ne pas faire quelque chose ; c'est donc la technique à laquelle on pense d'abord pour diriger l'économie. Les méthodes impératives ont été utilisées pour faire face à des crises conjoncturelles et elles sont toujours employées. Pourtant, elles contredisent les principes d'une société libérale et détruisent souvent les mécanismes du marché.

Il existe d'autres mécanismes qui permettent d'exiger un comportement de certaines personnes : ce sont les contrats, qui tiennent lieu de loi à ceux qui les ont conclus. Les obligations résultant d'un accord de volonté ne sont pas incompatibles avec la doctrine libérale, bien au contraire elles donnent forme aux mécanismes du marché. Aussi a-t-on imaginé que l'Etat puisse offrir certains avantages aux entreprises en contrepartie d'engagements dont il souhaite la réalisation. De toute façon, les pouvoirs publics peuvent individualiser les objectifs à atteindre, tout en laissant aux entreprises la liberté de refuser. Si elles acceptent, elles sont liées par leur propre volonté : ce mécanisme n'est pas contraire à la philosophie libérale.

Il y a enfin une dernière série de techniques par lesquelles l'Etat

(1) Rapport du Comité de développement industriel, précité, p. 48.

(2) Rapport présenté à l'assemblée du centre de recherche des chefs d'entreprise par P. Huvelin le 9 novembre 1968 (cité par L. Stoleru, *op. cit.*, p. 152).

« La première caractéristique de cette nouvelle phase de développement économique, c'est le rôle déterminant que les Etats vont être appelés à y jouer. La concurrence engage la nation tout entière dans la compétition internationale. Livrées à elles-mêmes, les entreprises ne sauraient l'affronter seules. »

peut espérer faire suivre aux entreprises les voies qui lui paraissent souhaitables. Elles n'exigent rien, ne sont pas assorties de sanctions. Par ces moyens, l'Etat modifie seulement les raisons d'un comportement. Se fondant sur une analyse des motivations qui poussent les industriels à prendre une décision contraire à ses objectifs économiques, l'Etat modifie les conditions de leur décision. Le chef d'entreprise adoptera ainsi sur des bases nouvelles le comportement que l'on juge souhaitable. Une partie des choix politiques ne se limite pas à favoriser la compétitivité au plan global. Certaines activités s'adressent à des secteurs économiques ou géographiques ou même à des entreprises individuelles. Tels sont par exemple les travaux d'équipement dans une région donnée, les achats de biens publics à certaines entreprises, l'information sur le développement probable d'une branche. Ces activités publiques peuvent modifier les raisons d'une décision économique. Elles sont incitatives.

Dans l'optique d'une intervention sur une économie libérale, les techniques impératives doivent être réduites au minimum. Elles permettent de définir le cadre de l'activité économique, imposent le respect des règles de concurrence et protègent certaines valeurs jugées fondamentales dans le groupe. Mais elles ne devraient pas permettre à l'Etat d'imposer un comportement aux agents économiques.

Les mécanismes par lesquels les pouvoirs publics octroient un avantage en contrepartie d'un comportement déterminé devraient n'être utilisés qu'au cas d'insuffisances du marché. L'Etat devrait s'assurer qu'une telle déficience existe avant d'intervenir de façon spécifique.

L'essentiel de l'intervention économique prendrait la forme de mesures simplement incitatives, l'Etat modifiant les raisons d'un choix économique par son activité propre afin que les entreprises s'engagent spontanément dans les voies qu'il juge souhaitables. En pratique, ce rôle de persuasion n'est pas toujours distinct des formules d'« économie contractuelle ». Mais la distinction est facile, au moins en théorie. Les techniques incitatives se limitent à modifier les raisons d'une décision. Il est possible qu'elles échouent, et que l'entreprise adopte un comportement différent de celui que l'on espérait. Elle n'encourra cependant aucune sanction de ce fait. Au contraire, les techniques d'« économie contractuelle » octroient un avantage contre l'engagement d'adopter ce comportement souhaitable. Si l'entreprise ne respecte pas ses promesses, elle s'expose à ce que l'Etat ne tienne pas les siennes. La possibilité d'une sanction distingue ainsi ces mécanismes des techniques incitatives qui consistent tous deux à octroyer des avantages particuliers à certaines entreprises.

Section II. — L'octroi individuel d'avantages particuliers

« Le rôle principal de l'Etat est d'assurer un environnement économique cohérent et compatible avec les exigences de fonctionnement du marché. Ceci étant, la politique industrielle sera amenée à intervenir sélectivement dans les secteurs où le fonctionnement du marché se révèle soit incompatible avec d'autres impératifs nationaux, auquel cas des difficultés se feront jour sur le plan industriel, soit inefficace pour orienter le choix des entreprises » (1). Lorsque le marché s'avère défaillant ou nuisible, l'Etat doit en d'autres termes essayer d'attirer les entreprises dans les voies qu'il juge souhaitables. Comme nous venons de le voir, l'on peut regrouper les techniques très diverses, utilisées à cette fin en deux grandes catégories, si l'on met à part les mesures impératives.

Tout d'abord, l'Etat peut offrir un traitement privilégié à toutes les entreprises qui présentent, de par leur nature ou leur activité, des caractéristiques conformes à ses objectifs économiques. A cette fin, l'Etat qui joue un rôle privilégié dans la définition du cadre institutionnel de l'entreprise, peut modifier par exemple la fiscalité, les formes de crédit, ou le régime juridique. Pour accroître le potentiel de production d'aluminium par exemple, l'Etat peut réduire le prix de l'électricité en versant une subvention au kilowatt/heure consommé (2). Il peut détaxer l'essence de tracteurs pour favoriser l'industrialisation dans l'agriculture ; ou bien créer un cadre juridique nouveau pour faciliter les rapprochements de sociétés. Cette politique a deux intérêts. D'une part, elle favorise les firmes dont les activités sont conformes aux buts de la politique industrielle et permet ainsi de les faire passer dans les faits. Elle incite, d'autre part, les entreprises qui ne rentrent pas dans le champ d'application de ces mesures à modifier leur comportement pour en profiter. L'inconvénient est que l'offre du traitement de faveur doit revêtir une certaine stabilité et publicité. La technique ne permet pas d'apprécier les cas individuels et de moduler ce que l'on attend de l'entreprise, en fonction de sa situation particulière. Le mécanisme est sélectif, mais non ponctuel. Il ne permet pas de s'assurer des détails du comportement attendu. Enfin, il ne comporte aucune sanction, les entreprises étant libres de ne pas se laisser séduire.

Les techniques incitatives ne présentent donc aucun trait du contrat. Nous ne les étudierons pas dans le cadre de cette étude, mais devons en traiter en introduction afin de « situer » parmi les moyens d'inter-

(1) Comité de développement industriel, Rapport p. 59.

(2) L. STOLERU, *L'impératif industriel*, p. 234.

vention le deuxième groupe de mesures qui sont plus proches du contrat.

Le deuxième groupe de techniques permet de pallier ce double inconvénient de généralité et d'imprécision. Au lieu de modifier le milieu environnant d'un secteur ou d'une entreprise, l'Etat peut lier l'octroi d'avantages particuliers déterminés, à l'engagement d'adopter un comportement qu'il juge souhaitable. Ces techniques contractuelles permettent à l'Etat d'intervenir de façon plus précise sur l'économie : elles sont directives. Ces mécanismes souffrent en apparence d'une grave contradiction. Les accords entre l'Etat et les particuliers lui ménagent habituellement une situation prééminente. Or, les techniques supposent, pour réussir, qu'elles puissent séduire les firmes privées. Les entreprises doivent trouver le mécanisme suffisamment intéressant et accepter de se fixer certains objectifs économiques en contrepartie des promesses de l'Etat. Il ne suffit pas de promettre, il faut tenir : les techniques directives perdraient toute valeur incitative si les pouvoirs publics ne respectaient pas leurs engagements. La procédure suppose pour réussir que l'Etat soit lié par sa promesse. Dans ce genre de convention, il fait abandon de ses prérogatives de puissance publique.

Dès le premier abord, la nature juridique de notre technique apparaîtrait donc pour le moins ambiguë. Il importe pourtant de lui donner un statut juridique défini (§ 1), car elle constitue un moyen très efficace de faire passer dans les faits les objectifs de la politique économique (§ 2).

§ 1. — LA PLACE DES TECHNIQUES DIRECTIVES DANS L'ORDRE JURIDIQUE

Sans anticiper sur les intérêts économiques de la notion, il faut cependant mener le raisonnement à partir des raisons qui ont conduit à l'introduire dans l'économie française contemporaine. Elles expliquent la structure du mécanisme étudié et éclairent ainsi les divergences doctrinales sur sa qualification (I). Nous tenterons ensuite de montrer que les critères contractuels de droit commun sont compatibles avec notre technique (II) et que les principes généraux imposent cette qualification (III).

I. Tentative de qualification

L'idée centrale des interventions publiques est de suppléer les mécanismes du marché lorsqu'ils peuvent produire des effets dommageables pour l'économie ou sont inefficaces pour orienter les choix des entreprises. Il s'agit donc de donner une « motivation » à adopter un comportement différent de celui qu'elles adopteraient spontanément. Nous étudierons plus précisément par la suite les relations qui existent entre les techniques d'intervention et les motivations économiques des chefs d'entreprise. Mais nous pouvons noter dès à présent que ces techniques supposent toujours l'octroi d'un traitement privilégié à

certaines entreprises. Cette condition est nécessaire, elle n'est pourtant pas suffisante.

L'octroi d'un régime de faveur peut revêtir deux formes qui sont souvent mêlées dans un même mécanisme. Nous avons indiqué dans l'introduction à cette section que l'on peut offrir ce traitement de faveur aux catégories d'entreprises qui présentent des caractéristiques conformes aux objectifs de la politique industrielle. Par ces « techniques incitatives » l'on n'exige rien des entreprises, mais on appelle à l'existence un certain comportement en l'associant avec certains avantages. On peut aussi offrir le régime privilégié à toute entreprise qui s'engagera en contrepartie à suivre les voies que l'Etat juge souhaitables. On utilise alors ce que nous avons appelé « les techniques directives ».

Tels sont les modèles idéaux, les schémas types que l'on peut bâtir. En réalité, les techniques utilisées sont des compromis entre ces deux modèles. On peut, par exemple, offrir un traitement privilégié à une catégorie d'entreprises présentant des caractéristiques conformes aux objectifs économiques de la nation. Mais seules pourront en profiter les entreprises de la catégorie qui s'engageront à adopter un comportement déterminé en contrepartie du traitement de faveur. La technique directive est, dans cette hypothèse, combinée avec le mécanisme incitatif.

De fait, la première dérive chronologiquement du second. Et d'un point de vue analytique, on peut remarquer qu'il y a toujours une part de statut légal dans les techniques directives, statut qui revêt valeur incitative. Les techniques directives ont presque toujours un rôle d'incitation par la définition des catégories d'entreprises auxquelles elles s'adressent. Mais elles font cependant part à une certaine liberté lors de la détermination des engagements réciproques. Cette liberté est nécessaire pour octroyer un traitement privilégié qui soit suffisamment déterminant pour l'entreprise au regard des obligations qu'elle assume. Selon qu'ils soulignent l'un ou l'autre aspect, les auteurs adoptent des conclusions diamétralement opposées sur la place des techniques directives dans l'ordre juridique.

Certains auteurs qui insistent sur le pouvoir, laissé aux entreprises, de discuter le contenu de leurs engagements, ont relevé une tendance qu'ils croient devoir être le trait distinctif de l'économie française : la concertation. Les avantages promis par l'Etat et le programme économique des entreprises seraient décidés d'un commun accord. Et cet accord est d'autant plus facile que les objectifs des parties ne sont pas fondamentalement divergents. Certes, l'Etat poursuit des objectifs économiques généraux et ne recherche pas la maximisation d'un profit. Mais la réalisation de ces objectifs dépend de l'activité des entreprises privées. En régime libéral, l'Etat tient compte de l'intérêt propre des firmes avec lesquelles il entreprend des négociations. Inversement, l'entreprise trace le chemin de sa compétitivité dans un environnement dont l'Etat est le premier responsable ; elle ne peut se désintéresser de l'économie nationale et aller à l'encontre de son évolution.

D'autres auteurs font cependant remarquer que ce régime de concertation ne décrit pas la réalité des faits. Le plus souvent, l'entreprise

ne peut négocier le contenu de ses engagements, en tout cas la prestation de l'Etat ne peut être l'objet de marchandages. Ces auteurs concluent par conséquent que les techniques employées par l'Etat ne sont pas des contrats, puisque la volonté ne s'y exprime pas librement.

Cette opposition est irréductible car la technique directive fait sa part à la concertation et au statut légal. Les positions adoptées dans les deux camps découlent souvent d'« a priori » politiques.

On ne peut que se rallier à la seconde doctrine, lorsqu'elle souligne que la concertation n'est encore qu'une tendance dans l'économie française. L'heure n'est pas encore venue où les entreprises pourront, d'égal à égal, concerter avec l'Etat leur comportement économique et son assistance éventuelle. Inversement, les premiers auteurs ont, semble-t-il, raison lorsqu'ils remarquent que la part de liberté laissée aux parties dans les techniques directives permet de les qualifier de conventions. Ce n'est pas parce que la volonté est limitée par un statut légal que l'on doit refuser la qualification conventionnelle aux techniques directives. Même en droit commun privé, contracter n'est souvent que se placer dans un cadre légal. Du moins est-ce la volonté des parties qui décide de s'y soumettre.

Il n'est pas sans intérêt de remarquer que les auteurs partisans de la seconde doctrine sont souvent des spécialistes du droit public. Cette observation permet d'éclairer, semble-t-il, leur opinion. La notion de contrat à laquelle ils s'attachent et dont ils excluent les techniques directives ressemble beaucoup à celle de Duguit. Les modes de raisonnement, les définitions et même le vocabulaire employé soulignent cette parenté.

La classification des actes juridiques dans la doctrine de droit public n'est malheureusement pas toujours la même que celle du droit privé. La typologie de droit public, inspirée du droit allemand, ramène le contrat à une notion très étroite, parente de la « stipulatio » romaine (1), « opération individuelle destinée à faire naître des rapports de créancier à débiteur ». Dans cette optique, le contrat suppose un accord de volonté librement débattu destiné à faire naître des droits subjectifs. En l'absence d'accord de volontés, lorsque par exemple une pluralité de décisions unilatérales de volonté concourt à créer un statut, on qualifie l'opération d'acte collectif. Si l'accord de volonté ne donne pas naissance à des rapports individuels de créancier à débiteur, mais à une situation juridique objective, ou à une véritable règle de droit abstraite et permanente, on ne parlera pas de contrat mais d'union.

Précisément, les techniques employées pour diriger l'économie sont rarement le résultat d'un accord de volontés négociées. Elles résultent le plus souvent de déclarations unilatérales de volonté portant sur le même objet. C'est le cas des contrats de programme, nous le verrons par la suite, qui sont des « actes collectifs ». D'autre part, ces techniques plutôt qu'elles ne figent les relations des parties dans des rapports de créancier à débiteur, organisent des relations entre elles, don-

(1) J. CARBONNIER, *Manuel de droit civil* (Thémis), 2^e année, p. 316.

nent naissance à une « union ». Dans la classification de Duguit, ces mécanismes ne sont pas des contrats.

En réalité, la notion de contrat peut fort bien se plier à toutes les nuances. Le contrat en droit privé contemporain, particulièrement en droit commercial, met en présence des personnes qui ne se connaissent pas, ne se rencontreront jamais, ce qui fait qu'on ne saurait parler d'un accord de volonté librement débattu. Il résulte le plus souvent d'une pluralité de déclarations unilatérales de volonté. D'autre part, certains auteurs ont souligné « l'institutionnalisation » du contrat, qui organise souvent les rapports entre les parties plutôt qu'il ne les fige dans le détail. A toutes ces situations, acte collectif ou union, le droit privé est applicable et donne une solution aux litiges éventuels. Ces notions, qui recouvrent des nuances très réelles, entrent pourtant dans la catégorie de contrat qui est plus large en droit contemporain, et même dans le Code civil, qu'elle ne l'était en droit romain.

Aussi bien une autre distinction propre à la doctrine de droit public est-elle souvent invoquée par les auteurs. C'est la notion d' « acte condition », différente à la fois de l'acte subjectif, par conséquent du contrat, et de l'acte règle. On retrouve cette expression dans la plupart des études parues sur les contrats fiscaux. « L'acte condition » est la manifestation de volonté qui conditionne l'application de la loi à une personne. Il détermine l'application d'un statut légal fait de droits et d'obligations. C'est dans cette acception que la notion est utilisée en notre matière afin de montrer que le contrat fiscal n'a rien de contractuel.

Le concept d' « acte condition » n'est pas en réalité exclusif de celui de contrat. Les auteurs de droit civil ont toujours souligné qu'il y avait dans le contrat une part de statut légal, auquel était soumis l'accord des volontés privées (1). La notion d' « acte condition » souligne en réalité une tendance de l'évolution contractuelle : la part de statut légal, qui a toujours existé, devient de plus en plus envahissante (2). Aussi bien ne suffit-il pas de constater que les techniques directives font une part, parfois importante, au statut légal, pour leur refuser la qualification contractuelle, puisque le contrat de droit commun est lui aussi enserré dans un cadre légal de plus en plus étroit.

Cependant, la qualification contractuelle des techniques directives serait sans intérêt, si la part croissante du statut légal dans le contrat de droit commun faisait disparaître la notion de convention : à quoi servirait de remarquer que les techniques directives peuvent être qualifiées de contrat si cette notion n'a plus de contenu ?

(1) « De tout temps on a admis que la loi pouvait surveiller la formation des contrats et que la loi présidait à l'exécution des contrats », remarquait le doyen de la Morandière lors des journées de droit civil franco-belges, consacrées à l'intervention de l'Etat dans les contrats. (Travaux de l'Association Henri Capitant, 1945, T. I, p. 148.) Et déjà en 1912, Emmanuel Gounot relevait un nombre impressionnant de dispositions légales impératives dans les contrats courants. (E. GOUNOT, *Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon, 1912.)

(2) J. SAVATIER, *Les Métamorphoses...*, n° 71 et s.

II. Le critère contractuel en droit commun

Ce n'est pas parce que l'objet de la convention est de plus en plus étroitement déterminé par la loi que l'on doit conclure à la disparition du contrat. En effet, cela ne l'empêche pas de se multiplier. Et, si l'on devait conclure que les nouveaux accords ne participent pas du contrat, « il faudrait alors ajouter qu'il n'a jamais existé puisqu'il y a toujours eu des lois impératives, même à l'époque où elles étaient beaucoup moins nombreuses qu'aujourd'hui » (1). Il se pose en revanche un problème nouveau, qui est de distinguer la notion contractuelle dans la gradation continue entre les contrats sur lesquels la loi ne porte aucune disposition impérative quant à leurs effets et ceux dont les effets sont rigoureusement précisés par les textes. H. Battifol souligne dans l'étude précitée que l'on peut parler de liberté, alors même que les lois ou règlements fixent étroitement les conditions contractuelles. Ce n'est pas en fonction de l'importance du statut légal que l'on qualifiera ou non de contrats les accords entre personnes privées ou entre l'Etat et les entreprises. C'est la situation réelle des contractants, l'examen des facteurs qui ont conduit à conclure l'accord qui permettra de le dire cas par cas. On qualifiera de contrat un accord dont les termes sont déterminés par une loi, un règlement ou même la volonté de l'un des contractants, à condition que cette situation ait une raison d'être suffisante au regard de la conjoncture. Si elle résulte d'un monopole abusif, il y a une telle atteinte à la liberté que l'on ne peut qualifier de contrat la situation examinée.

Le critère réside dans l'équilibre des prestations, dans l'examen de la cause de l'accord. Nous aurons l'occasion de constater que l'équilibre apprécié sous l'angle technique de la cause donne son fondement aux méthodes directives. Si les prestations ne sont pas équilibrées, la technique directive rate son but. C'est dire que ces techniques, comme les contrats, se définissent par rapport à l'équilibre des prestations.

Ne se contentant pas de ce pragmatisme, H. Battifol définit deux critères qui permettent de qualifier la situation contractuelle :

— Il remarque d'une part que les contrats restent soumis, en principe, à la loi en vigueur au jour de leur conclusion. Par conséquent, ne sont pas des contrats les accords régis par un statut légal ou réglementaire, car ce statut peut être modifié librement et à tous moments par l'autorité qui l'a édicté.

— D'autre part, même dans les contrats d'adhésion d'origine privée, la partie qui a conçu le contrat pourra consentir telle modification ou aménagement réclamé par l'autre et qui lui paraîtra utile. On ne conçoit pas au contraire de pareilles concessions, quand il s'agit d'un statut légal ou réglementaire, si les textes ne les ont pas prévues. On peut donc tenter de résumer cette doctrine en disant que tout accord dont l'objet est fixé par la loi ou le règlement n'est pas de

(1) H. BATTIFOL, « La crise du contrat et sa portée », *Archives de philosophie du droit*, n° 13, p. 21, 1968.

nature contractuelle. A contrario, si la volonté des parties s'exprime librement, même partiellement, dans la détermination de l'objet, l'accord peut être contractuel. Or, les techniques directives font le plus souvent une part à l'autonomie de la volonté. Par conséquent, ces mécanismes peuvent être de nature contractuelle. Pour conclure de façon positive à la qualification contractuelle, il faut s'assurer que les deux critères exposés s'appliquent aux techniques directives. Le deuxième critère est parfaitement vérifié par les mécanismes étudiés. Nous aurons en effet l'occasion de constater souvent, par la suite, que l'Etat peut consentir telle modification ou aménagement réclamés par l'entreprise et qui lui paraît utile. Le plus souvent, cette faculté résulte des termes mêmes de l'accord entre l'Etat et l'entreprise, ou des textes qui s'y appliquent. Mais elle est, en toute hypothèse, imposée par l'évolution constante des facteurs économiques. Les techniques directives sont des cadres de concertation. Ce sont des « actes prospectifs » dont « l'adaptation en cours de route est possible en vertu des critères objectifs » (1). Ce n'est du reste pas l'un de leurs moindres intérêts que de concilier la certitude et la souplesse.

Le premier critérium (la compétence de la loi en vigueur au jour du contrat) semble être d'application plus discutable. Le décret 67-937 du 24 octobre 1967, pour prendre un exemple, ne consacre-t-il pas le principe d'une modification des textes applicables au contrat dans le cas de la conversion sidérurgique ? Ce texte prévoit la création d'un groupe central de conversion auprès du ministre délégué chargé du plan d'équipement. Ce groupe « propose au comité interministériel pour l'aménagement du territoire et l'action régionale, toute modification des textes réglementaires et tout assouplissement des procédures administratives et financières qui lui paraîtraient exigées par le caractère exceptionnel des opérations en cause » (art. 7). Il semble donc que les textes réglementaires en vigueur au jour du contrat ne soient pas toujours applicables. En fait, ce texte consacre surtout la possibilité de modifier les termes de l'accord à la demande des intéressés et non le pouvoir de modifier unilatéralement un statut légal et réglementaire. Les modifications des règlements ont pour origine les suggestions des intéressés qui se manifesteront dans les propositions du comité. De plus, le décret du 24 octobre ne vise que les cadres législatifs ou réglementaires qui régissent les accords sidérurgiques, mais n'intéresse pas le contenu même de ces accords. Or, les conventions sidérurgiques sont négociées et signées par le ministre, indépendamment de toute contrainte législative ou réglementaire. C'est précisément pour cette raison du reste que certains auteurs leur refusent toute valeur juridique (2). Ces accords font donc une part très large à l'autonomie de la volonté. Le décret précité n'autorise pas à modifier l'objet de ces accords résultant de la volonté commune de l'Etat et des entre-

(1) M. CHAPAL, « Recherche sur la notion et le régime des actes juridiques à caractère prospectif », in *Act. Jur.*, 20 juin 1968, Doct., p. 323 et s.

(2) D. H. SCHEUING, *Les aides financières publiques aux entreprises privées. Contribution à l'étude juridique de l'administration économique*, thèse, Paris, 1969, p. 233.

prises, il permet simplement à l'Etat d'en modifier le cadre réglementaire.

D'une façon plus générale, il n'est pas souhaitable que l'administration puisse modifier unilatéralement les cadres même légaux ou réglementaires de l'accord, en ayant seulement égard à l'évolution économique. Certes, une telle liberté présente l'avantage de la souplesse. En fonction des besoins de l'économie globale, on pourrait modifier les objectifs assignés aux entreprises. Ou bien, en ce qui concerne la prestation de l'Etat, l'on s'autoriserait à moduler le montant des aides en fonction des nécessités budgétaires. Mais une telle souplesse contredirait l'objectif de compétitivité qui doit pourtant être sous-jacent à toute intervention économique. Dans un modèle d'économie libérale, si l'on fixe comme but de l'intervention le maximum de productivité de l'industrie nationale, on admet en contrepartie un certain nombre de contraintes, qui découlent de ce que l'intervention doit respecter les conditions nécessaires de la compétitivité des firmes. C'est pourquoi l'on essaiera de maintenir une place importante à la concurrence (1). Plus précisément, tout doit être mis en œuvre pour développer une gestion rationnelle. A cette fin, les firmes doivent pouvoir établir des programmes économiques.

Aucune prévision sérieuse ne peut être faite si l'administration s'autorise à revenir sur les engagements promis, ou même sur les objectifs économiques acceptés par l'entreprise (2). Les textes en vigueur au jour de l'accord doivent s'appliquer pendant l'entière durée de validité de la technique directive. Si les nécessités économiques imposent une modification, celle-ci devra résulter d'une nouvelle négociation entre l'Etat et les entreprises. Et c'est précisément cette possibilité d'une révision que H. Battifol retient comme deuxième critère du mécanisme contractuel.

Malheureusement l'Etat n'a pas pris parti sur la valeur de ses engagements. Mais le fait qu'il promette et assigne une certaine durée à cette promesse laisse supposer qu'il s'estime réellement engagé. On ne peut objecter à cela que l'Etat ne saurait lier sa compétence pour l'avenir et renoncer ainsi à modifier sa politique ultérieurement, pour rétablir par exemple des équilibres économiques globaux. Dans les cas exceptionnels où un bouleversement économique oblige l'Etat à réviser unilatéralement la forme des techniques directives indépendamment d'une révision concertée, la qualification contractuelle n'est pas un obstacle. Elle permet seulement de limiter ces hypothèses. Si l'on décide en effet que les techniques directives prennent la forme de contrats de droit privé, une modification des textes d'ordre public,

(1) Le rapport du Comité de développement industriel le souligne : « à condition que soit assuré par l'Etat le respect des règles qu'elle implique, la concurrence reste un irremplaçable ferment d'efficacité » (p. 11).

(2) Voir ce même rapport p. 55. « Il faut souligner l'importance de cette remarque : les entreprises françaises sont souvent gênées dans la conception et la conduite de leur politique par l'ignorance dans laquelle elles se trouvent des décisions gouvernementales susceptibles de modifier à court et à moyen termes le cadre réglementaire dans lequel elles sont actuellement placées (et souvent dans des conditions d'arbitraire difficilement justifiables). »

immédiatement applicables, permet d'en changer la structure. Si on leur déclare le droit public applicable, on conclura que l'administration dispose d'un pouvoir de modification unilatérale pour les besoins de l'intérêt général. La révision aurait alors un domaine plus large qu'en droit privé puisqu'elle intéresserait le contenu de l'accord et non seulement les cadres légaux de la technique. Mais elle subirait la limite qui résulte de la jurisprudence administrative : l'administration doit respecter l'équilibre financier de l'accord. « On se trouve ici à la limite extrême de la notion de contrat étant donné la qualité juridique de l'une des parties. Le maintien de la qualification exprime sans doute l'idée fondamentale que l'accord contractuel porte sur un objet que les parties ont volontairement précisé et limité lors de l'échange du consentement. Cette délimitation initiale devra au moins être respectée » (1). Avec le bénéfice de ce correctif, l'équilibre financier du programme ne serait pas affecté par la révision.

Mais quel que soit le choix entre droit public et droit privé, à ce niveau de l'analyse, force est bien d'admettre que les techniques directives sont des contrats (2). Nous avons déjà indiqué que l'efficacité économique commande cette solution ; nous développerons ce point avec plus de précisions dans le paragraphe suivant. Nous avons également souligné l'identité entre les caractéristiques de la notion contractuelle et celles des techniques directives. Nous montrerons maintenant que seule la qualification de contrat permet de justifier l'existence de la technique directive au regard des principes fondamentaux du droit français et de la doctrine économique libérale.

III. Les techniques directives et les principes généraux

L'Etat ne peut imposer par mesure unilatérale des programmes de production ou d'investissements. De tels ordres heurtent le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Certes, le développement de la législation interventionniste peut conduire à faire douter que la liberté du commerce et de l'industrie soit encore un principe général du droit (3). Mais il ne s'agit pas seulement d'une restriction à la liberté d'entreprendre à notre matière. Si l'on n'admet pas que cette obligation résulte d'un contrat et que l'entreprise a accepté le programme qu'elle doit suivre, on doit alors convenir que l'Etat l'impose par mesure unilatérale (4). De telles mesures sont le contre-pied du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, elles sont l'appli-

(1) H. BATTIFOL, article précité, p. 16.

(2) A. DEMICHEL dans sa thèse (*Contrôle de l'Etat sur les organismes privés*, p. 8, Bordeaux, 1958) signalait déjà une nouvelle forme de contrôle sur les institutions privées par des procédés de *puissance publique* qui ne sont pas une pure contrainte mais des procédés de collaboration ; les parties y cherchent à prévenir un désaccord par la conclusion de *contrats* ou la création d'organismes de contact.

(3) Cf. Les conclusions du commissaire du gouvernement Fournier dans C.E. 26 juin 1959 (Syndicat général des ingénieurs conseils), *Rev. droit pub.*, 1959, p. 1004.

(4) La loi du 11 mai 1946 (*J. O.* 12 mai 1946, p. 4009) qui prévoyait cette possibilité est tombée en désuétude.

cation d'un principe contraire et il vaudrait mieux admettre que notre système juridique comporte des éléments de totalitarisme. Une telle conception bouleverserait notre philosophie économique, ce qui est plus grave encore. Le rapport du Comité de développement industriel soulignait que « le fonctionnement de notre économie industrielle devrait être avant tout établi par référence aux lois d'un marché concurrentiel, ce choix, quant à la doctrine, nous étant d'ailleurs pratiquement imposé, avec des exigences accrues, par l'ouverture croissante de notre économie sur l'extérieur » (1). On peut être d'un avis contraire et se référer à une doctrine de planification impérative. Mais il faut choisir. On ne peut retenir le régime concurrentiel comme doctrine de référence et admettre que l'Etat puisse donner unilatéralement des ordres de production et d'investissement aux entreprises françaises. Force est alors de convenir que les objectifs économiques fixés par les mécanismes directifs sont des obligations contractuelles. Les techniques directives sont des contrats.

Ces conventions sont d'un type tout à fait nouveau. Leur existence révèle une nouvelle fonction de l'Etat, différente de son activité classique de puissance publique qu'il importe maintenant de souligner.

La prérogative essentielle qui caractérise l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif est le privilège de la décision exécutoire (2). Cette prérogative entraîne un certain nombre de sujétions en contrepartie, notamment le respect du principe d'égalité. La décision exécutoire pouvant imposer des charges à certains, tous les citoyens doivent se trouver dans la même situation. Tous sont égaux devant les charges publiques. Cette égalité n'existe pas là où l'Etat n'impose rien mais propose seulement. Et puisque contracter c'est d'abord choisir, le contrat suppose une rupture d'égalité. Et précisément dans les techniques directives, l'Etat est un contractant comme les autres ; il ne jouit d'aucune prérogative particulière. Il individualise ses rapports avec les administrés, exécute les objectifs économiques qu'il a fixés pour la nation en tant que puissance publique, et entre en relation avec les agents économiques. A partir du moment où il intervient dans les rapports économiques et fait concurrence même aux entreprises privées en offrant des régimes favorables de production ou d'investissement, il n'intervient pas en tant que puissance publique. Et puisque les entreprises auxquelles il s'adresse n'ont pas une fonction de gouvernement, mais sont des firmes privées, le système concurrentiel suppose que ces relations entre les firmes et l'Etat soient du même type que celles des entreprises entre elles avec lesquelles elles s'articulent.

Il y a ainsi un dédoublement des fonctions de l'Etat dans une économie libérale orientée vers la poursuite d'objectifs de politique industrielle. En tant que puissance publique, l'Etat peut intervenir dans les rapports économiques privés par mesures impératives ou supplétives de volonté. Mais il ne saurait par ce moyen imposer aux entreprises

(1) Rapport du Comité de développement industriel, p. 11.

(2) G. VEDEL, *Précis de droit administratif*, Thémis, p. 189.

privées un comportement économique, lui signifier des ordres de production ou d'investissement. Son activité doit être au contraire de restaurer la concurrence, protéger la vérité du marché là où il existe. Il intervient par voie générale et définit les cadres d'activité privée.

Pour faire passer dans les faits ses objectifs économiques, et aider les secteurs jugés vitaux pour le développement de l'économie, l'Etat rompant le principe d'égalité, individualise son action sur une base contractuelle. La politique dirigiste, qui modifie le comportement économique des entreprises privées, n'est possible en régime libéral que si les firmes acceptent les objectifs qu'on leur fixe. Le dirigisme postule la passation de contrats.

§ 2. — LES INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES DE LA NOTION CONTRACTUELLE

Les techniques directives agissent de deux façons différentes pour faire passer dans les faits la politique industrielle définie par l'Etat. Elles ont un rôle d'incitation par la définition des catégories d'entreprises auxquelles elles s'adressent. D'autre part, la volonté s'exprimant à l'intérieur de ces cadres légaux ou réglementaires détermine la teneur des engagements réciproques qui prennent dès lors valeur obligatoire pour les parties. Ce sont des effets incitatifs et obligatoires qui conduisent les firmes à atteindre les objectifs de la politique économique.

I. L'effet incitatif

En droit commun, les contrats ont un effet d'incitation. Car les conventions s'inscrivent dans un cadre légal auquel il faut se soumettre pour pouvoir contracter. C'est très évident en droit contemporain qui a favorisé la diversification et la précision des dispositions légales obligatoires (1). Mais c'est aussi vrai, quoique à un moindre degré, dans le régime contractuel du Code civil. De tout temps la liberté de contracter n'a pu s'exprimer qu'à l'intérieur d'un cadre légal. A cette condition seulement, le droit donne effet obligatoire à l'accord de volonté : pour servir de loi à ceux qui les ont faites, les conventions doivent être légalement formées. Les dispositions d'ordre public interdisaient certains objets contractuels. Les textes définissant la capacité à agir ne permettaient qu'à certaines personnes d'accomplir des opérations juridiques. Ces limitations légales permettent de s'assurer que le contrat présentera certaines qualités requises. L'objet ne pourra pas nuire aux intérêts jugés primordiaux de la société. La partie admise à contracter présentera en principe l'aptitude à remplir ses obligations et les qualités requises par la fonction que lui confère le contrat. Ce cadre légal a aussi un effet incitatif : en limitant le pouvoir de contracter à certaines personnes, en interdisant certains objets, on incite des

(1) Cf. P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges Maury*, T. II, p. 455 et s.

personnes qui ne satisfont pas aux prescriptions de la loi par leurs qualités personnelles, par l'objet de leur contrat, à s'y soumettre.

Dans le passé, l'effet incitatif des dispositions légales en matière contractuelle n'a pas été utilisé systématiquement. Mais entre les mains des techniciens de l'économie, il est devenu aujourd'hui un moyen d'orienter le comportement des entreprises. A cette fin le statut légal s'est précisé, s'est diversifié, et a visé les qualités économiques du contractant au regard de la politique économique plus que ses qualités physiques ou morales. Si bien qu'il n'y a pas réellement rupture entre le mécanisme contractuel et les techniques directives. L'Etat a simplement utilisé de façon consciente et systématique dans les secondes un effet du premier qui était resté ignoré et diffus.

Le contrat invite les intéressés à se placer dans le cadre légal qui leur donne pouvoir de contracter. Par là, il influe sur leur comportement spontané. Une fois que les parties se sont soumises aux prescriptions de la loi, elles peuvent négocier le contenu de leur accord et s'engager contractuellement. Le régime contractuel oblige alors les contractants à accomplir leur promesse et leur dicte ainsi une activité. Suivant que le cadre légal est plus ou moins précis, le contenu de la promesse peut être déterminé plus ou moins librement lors de la conclusion du contrat. La force obligatoire du contrat qui porte sur le contenu de la promesse est inversement proportionnelle en importance à l'effet incitatif qui résulte des cadres légaux habilitant à contracter. Selon les circonstances, on peut mettre l'accent sur l'un ou l'autre de ces effets.

II. La force obligatoire des engagements contractuels : l'effet directif

La force obligatoire des engagements contractuels se justifie du fait qu'ils ont été librement acceptés. C'est également l'acceptation par les entreprises des obligations mises à leur charge qui justifie le dirigisme en économie libérale. La faculté complémentaire de ne pas adhérer aux engagements permet de distinguer la situation contractuelle de celle résultant d'une décision exécutoire par laquelle l'administration modifie unilatéralement l'ordonnement juridique (1). Au regard des objectifs économiques, elle présente un intérêt : ce sont les entreprises elles-mêmes qui connaissent la pression et l'importance des problèmes qui les intéressent. Elles seules peuvent savoir si elles pourront respecter les engagements que leur propose l'administration. Elles examineront si ces obligations sont compatibles avec le programme économique qu'elles ont pu établir. Enfin elles n'accepteront le statut favorable que dans la mesure où il leur semblera susceptible d'apporter une solution à leurs difficultés. Le contrat est un instrument de calcul économique.

Les techniques employées par l'Etat pour diriger l'économie permettent de déterminer l'engagement des entreprises cas par cas. C'est

(1) G. VEDEL, *Précis de droit administratif*, précité, p. 51.

en cela du reste que l'on peut parler de méthode sélective et de rupture d'égalité. Les firmes pourront alors faire valoir leurs besoins et leurs problèmes afin de souscrire un ensemble d'obligations et de droits adapté à leur situation économique. La méthode contractuelle permet ainsi une plus grande souplesse, une meilleure précision.

Cette précision se marque encore dans le contenu des obligations assumées de part et d'autre. Les engagements sont déterminés dans le contrat et chacun promet de les exécuter. La certitude du comportement économique qui en résulte permet à l'entreprise d'élaborer des plans de production ou d'investissement dont la réussite ne sera pas remise en cause par la volonté discrétionnaire de la puissance publique. La politique industrielle de l'Etat ne sera pas un simple « ordre de bataille » (1), mais un plan de campagne accepté et obéi. Le contrat en ce sens est un « réducteur d'incertitude » (2). La convention précisera la durée des engagements assumés de part et d'autre, en fonction de l'horizon économique des entreprises et de l'Etat. Le plus souvent, ils porteront sur des engagements à moyen terme recouvrant la durée du plan.

L'autre avantage déterminant de la technique contractuelle est le régime de responsabilité qui sanctionne l'inexécution de ses engagements par l'une des parties.

Le régime de la responsabilité de la puissance publique pour les mesures administratives interventionnistes n'est pas très rigoureux. Certes, la jurisprudence du Conseil d'Etat condamne l'administration si elle ne tient pas ses promesses (3). Mais en matière économique, le juge tient compte des circonstances particulières de chaque affaire. La responsabilité de l'administration dépend notamment du caractère plus ou moins ferme de ses engagements. L'entreprise devra démontrer la faute de l'administration, preuve qui n'est pas aisément reçue par le juge administratif. Il reste la mise en jeu de la responsabilité sans faute pour avoir créé des éléments de particularisme ou de discrimination incompatibles avec le principe d'égalité. Mais en cette matière la jurisprudence du Conseil d'Etat tient compte des pouvoirs discrétionnaires de l'administration (4) et est très exigeante en ce qui concerne le caractère de spécialité et de gravité du préjudice (5). Autant dire que, pratiquement, la responsabilité quasi délictuelle de l'administration ne peut être engagée en notre matière.

La responsabilité contractuelle permettait d'organiser des sanctions plus efficaces. Nous aurons en effet l'occasion de constater que les engagements de l'Etat peuvent être qualifiés en général d'obligations

(1) Comme on a pu le dire du plan d'équipement.

(2) HAURIOU qualifiait le contrat comme « la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision » (*Principes de droit public*, p. 206).

(3) A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, T. III, p. 479, n° 817 et s.

(4) Ce qui démontre amplement que le principe de légalité ne joue qu'un faible rôle en l'espèce : lorsque l'administration agit dans le champ contractuel, sa volonté s'exerce de façon indépendante de textes légaux précis.

(5) A. DE LAUBADERE, *précité*.

de résultat, du moins si l'on admet l'analyse contractuelle. Au cas d'inexécution de ses obligations, l'administration devrait faire preuve des circonstances économiques qui non seulement l'ont empêchée d'exécuter, mais l'ont aussi empêchée de rechercher une solution en accord avec son contractant. En effet, les contrats directeurs d'économie organisent une concertation entre les firmes et l'Etat ; ils peuvent être révisés d'un commun accord. L'obligation de bonne foi qui naît de tout contrat oblige donc l'administration à rechercher un nouveau terrain d'équilibre avec l'entreprise contractante.

Ce système de responsabilité contractuelle permettrait aux entreprises contractantes d'avoir la certitude que la position de l'administration ne variera pas à sa discrétion, mais que, lorsque l'évolution de la conjoncture l'y obligera, l'Etat recherchera de concert avec le contractant une solution nouvelle. D'autre part, la menace d'une sanction au cas d'inexécution conduira l'administration à peser plus mûrement ses interventions : au cas d'échec il ne suffira pas d'abandonner l'entreprise ou le secteur contractant. Elle devra réviser de concert avec la partie privée la convention défectueuse ou bien indemniser l'entreprise qui a modifié son programme en raison de cette convention.

Ce régime de responsabilité ferait ainsi contrepoids à celui que l'on s'accorde en général à attacher à l'inexécution par la firme de ses engagements (1).

Si l'on supplée, de la façon que nous venons d'indiquer, aux carences et lacunes de la réglementation, les techniques directives deviennent des techniques fort utiles d'intervention sectorielle au cas d'insuffisance du marché. Elles s'intègrent fort bien dans un modèle d'économie libérale et constituent l'amorce d'une certaine concertation entre l'entreprise et l'Etat. En France, ces techniques directives sont de nature très variée. Le traitement de faveur que peut octroyer l'Etat revêt des formes diverses si bien que les pouvoirs publics peuvent choisir dans la panoplie des moyens d'intervention, celui ou ceux qui conviennent le mieux pour atteindre les objectifs économiques qu'ils poursuivent. Dans le chapitre suivant nous essaierons de montrer comment la puissance publique peut utiliser les mesures dont elle dispose.

(1) M. ARRIGHI DE CASANOVA à propos des quasi-contrats du Plan (*Droit social*, 1965, p. 354) souligne que le quasi-contrat n'apporte que des garanties morales à l'industriel. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE suggère en matière de contrats de programme que le juge devrait « admettre plus largement la responsabilité de l'administration, afin justement de « moraliser » ce domaine nouveau des engagements en matière de prix et d'affermir la confiance des responsables du secteur privé » (*A.J.D.A.*, novembre 1967, *Doctrine*, p. 590).

CHAPITRE II

L'ÉCONOMIE DES INTERVENTIONS

Dans le premier chapitre de cette introduction, nous avons montré comment l'Etat peut exercer une influence sur les activités économiques, d'une façon globale en tant que cadre d'organisation sociale mais aussi de façon sectorielle lorsque le marché ne suffit pas à éclairer les choix économiques. Il reste maintenant à préciser le rôle des mécanismes utilisés à cette fin, à examiner leur impact sur les opérations industrielles.

Les effets économiques de la fonction d'utilité collective qu'assume l'Etat sont bien connus : le rôle du budget sur l'économie, l'action sur le crédit ont fait par exemple l'objet de nombreuses études. De même les juristes se sont penchés sur la notion d'ordre public qui détermine le cadre de liberté laissé à la dialectique de la concurrence. Parmi les trois grandes catégories d'activité publique qui influent sur l'économie de façon globale, la mission d'intérêt collectif, l'élaboration d'un cadre d'ordre public et la définition de la forme juridique, la dernière est la plus négligée.

Dans une première section nous examinerons cette influence en menant l'analyse à partir de l'importante réforme des techniques juridiques qu'ont introduite les ordonnances dites « économiques » de 1967.

Puis nous essaierons de montrer dans une section seconde comment les techniques sectorielles d'intervention utilisées par l'Etat français peuvent concourir à faire passer dans les faits les objectifs de sa politique économique.

Section I. — Les formes juridiques de l'activité économique

Depuis quelques années, faisait remarquer l'exposé des motifs de la loi du 22 juin 1967 (*J.O.* du 23 juin, p. 6211), l'Etat tente de mettre en place les moyens d'adaptation de l'économie à la concurrence internationale. Mais « de nouvelles mesures peuvent encore accroître la compétitivité de nos industries et créer les conditions techniques et économiques d'un développement plus rapide ». L'objet des ordonnances de 1967 est de faciliter les progrès de l'économie française.

Longtemps les règles de droit ont été définies même en matière

commerciale non pas en tenant compte de leur incidence économique réelle, mais à la suite d'axiomes bien établis. Pour donner aux initiatives privées les moyens de leur développement le législateur défendait « la propriété » ou « les créanciers » ou encore la « liberté du commerce et de l'industrie ». Pourtant, dans la mesure où le droit a une influence sur le développement industriel, une aide positive à la compétitivité supposerait une analyse plus proche de la réalité économique.

C'est par la mise en évidence d'obstacles juridiques et leur suppression que l'Etat peut attirer les chefs d'entreprise dans les voies qui lui paraissent souhaitables. Les ordonnances de septembre 1967 se sont assigné ce but. Elles poursuivent les objectifs de la politique industrielle française définis dans la préface du V^e Plan : « Asseoir sur des bases solides la capacité concurrentielle de notre économie en vue de préserver son indépendance, d'assurer son expansion dans l'équilibre et de faire d'elle le support d'un progrès social réel et durable. » L'intérêt principal des ordonnances est donc de faciliter une adaptation progressive des instruments économiques. Quoique certaines mesures aient eu un effet de soutien circonstanciel de la conjoncture, l'ensemble des réformes est particulièrement remarquable comme instrument juridique d'incitation à la compétitivité industrielle et justifie l'analyse sous cet angle. Après en avoir décrit à grands traits le contenu (§ 1) nous examinerons par quels moyens le législateur a voulu favoriser le développement d'opérations économiques (§ 2) et inciter à la réforme des structures industrielles (§ 3).

§ 1. — DESCRIPTION (1) DES ORDONNANCES ÉCONOMIQUES DE 1967

Les trois ordonnances n^{os} 67837, 67838 et 67839 du 28 septembre facilitent la texture des instruments de crédit comme l'avait recommandé auparavant la commission de l'économie générale et du financement du V^e Plan. Dans le domaine du crédit à court terme, l'ordonnance n^o 67838 introduit « la facture protestable », nouvel instrument nécessaire à la mobilisation des créances commerciales préconisé par la « commission Gilet ». L'escompte d'effets commerciaux entraînant pour les banques des frais de gestion importants, la commission avait proposé d'en réduire l'utilisation au profit de formes de crédit moins étroitement liées aux opérations commerciales. Reprenant ces recommandations, l'exposé des motifs de l'ordonnance remarque que les usages commerciaux font à la lettre de change une place beaucoup plus grande en France qu'à l'étranger, et alourdissent ainsi inutilement

(1) Nous négligerons ici un texte important parmi les ordonnances de 1967, qui intéresse le rétablissement d'entreprises en difficulté (ordonnance n^o 67.820). Ce texte a pour but de « sauver » certaines entreprises inadaptées aux nouvelles conditions de la concurrence internationale, mais n'a pas rôle d'incitation.

les circuits économiques et financiers. Il faut créer des techniques plus souples qui reposent plus largement sur la valeur propre des emprunteurs. C'est le but de la facture protestable.

Ce même souci d'allégement des procédures a conduit également le législateur à créer pour le crédit à moyen terme un procédé de mobilisation globale des effets émis en représentation des avances consenties.

Pour le long terme, le crédit hypothécaire joue un rôle important. L'ordonnance n° 67839 en précise l'intérêt pour le renouvellement des structures des entreprises et l'amélioration de la productivité. Ce texte a pour but de développer le crédit hypothécaire. Le coût de l'hypothèque étant la raison principale de la rigidité que l'on constate dans cette forme de crédit, le législateur a voulu réduire les frais qu'entraîne la constitution d'une hypothèque en allégeant les formalités requises. L'inscription sera désormais exigée pour un temps égal au maximum à celui de l'obligation augmenté de deux ans, si bien qu'il ne sera pas besoin de la renouveler ou la faire radier.

Les ordonnances n° 67836 et 67833 du 28 septembre 1967 contiennent une série de mesures destinées à encourager l'épargne et à développer le marché financier. La première organise une série d'aménagements fiscaux favorables aux augmentations de capital et aux avances faites aux entreprises par leurs dirigeants et leurs sociétés mères. Elle assouplit également l'interdiction faite aux sociétés d'acheter leurs propres actions par la loi du 24 juillet 1966 afin de leur permettre d'intervenir en bourse pour régulariser le cours de leurs titres et de faciliter les fusions et les regroupements d'entreprises.

La seconde institue une commission des opérations de bourse qui aura pour mission d'établir un climat de moralité ou de sécurité pour amener l'épargnant à se familiariser avec les placements en valeurs mobilières.

C'est l'adaptation des structures des entreprises industrielles et commerciales aux nouvelles conditions de la concurrence que visent les ordonnances n° 67820, 67821 et 67834. Ce dernier texte notamment contient des allègements fiscaux et des mesures d'incitation à la concentration tendant à supprimer des obstacles juridiques que l'expérience avait révélés. Le V^e Plan avait du reste souligné depuis longtemps ces difficultés d'ordre juridique freinant la réorganisation industrielle. L'obstacle principal à la réorganisation des structures venait de ce que l'on considérait en droit les opérations d'apport comme d'autres actes sociaux de portée très différente, tels que les augmentations de capital et les dissolutions de sociétés. Les détenteurs de certains titres commerciaux pouvaient donc faire obstacle, par leur prétention, à des réorganisations de structure ou les rendre très onéreuses du fait des indemnités exigées. La réforme s'inspire de l'idée que la société bénéficiaire d'un apport est continuatrice de la société originaire. L'ordonnance subordonne le remboursement des obligations aux porteurs qui en feraient la demande à une décision de justice en cas de fusion ou de scission non ratifiées par l'assemblée générale extraordinaire des obligataires.

Enfin l'ordonnance 67821 porte création du groupement d'intérêt

économique. Cette nouvelle structure correspond au besoin de certaines entreprises de mettre en commun leurs activités ou une partie d'entre elles, tout en conservant leur autonomie. Une telle prise de contact peut être le préalable à une concentration. Elle facilite en tout cas une réorganisation plus compétitive des structures. Pour opérer ce rapprochement, les entreprises ne disposaient avant 1967 que de deux cadres juridiques : les sociétés dont les règles de fonctionnement, les conflits de personnes qu'elles favorisent peuvent faire échouer l'opération ; les associations dotées d'une capacité réduite et ne pouvant jouer aucun rôle économique en principe. Seule la société en participation était assez souple pour régler le problème, mais d'une façon provisoire puisqu'elle doit rester occulte.

Le groupement d'intérêt économique offre un cadre juridique plus lâche pour les transformations de structures souhaitées. C'est une institution « à tout faire », une structure auxiliaire qui cumule les caractéristiques et les avantages de la société et de l'association, et pour laquelle les règles d'interdiction sont limitées au minimum. Au surplus, le groupement bénéficie d'un régime fiscal très favorable, qui en est le moteur. Le nouveau régime offert relève du domaine de cette forme nouvelle de législation par laquelle l'Etat suscite des comportements en offrant un régime favorable aux personnes qui satisfont aux conditions du texte.

D'une façon générale, l'ensemble des réformes entreprises aménage la règle de droit de façon à attirer les chefs d'entreprise dans les voies que l'Etat juge souhaitables. Nous rechercherons maintenant quels sont les traits communs de cette législation d'incitation, ce cadre d'activité offert par l'Etat qui permet d'agir sur l'économie libérale.

Deux remarques distinguent les ordonnances de 1967 de la plupart des textes antérieurs de droit commercial. D'une part, les exposés des motifs des textes précités décrivent avec précision les problèmes économiques auxquels ils s'attaquent. Le législateur n'invoque plus d'entité abstraite, le « propriétaire, le créancier », par exemple, mais se livre à une étude précise de ce qui ne va pas, et de ce qui serait souhaitable. Le cadre juridique permet d'apporter une solution à ces insuffisances économiques au regard des objectifs de politique industrielle. D'autre part, les règles juridiques proposées ne naissent pas directement et spontanément de la pratique. On a imaginé des formes nouvelles, dont on espère qu'elles permettront plus facilement d'atteindre les objectifs économiques généraux. Encore faut-il que les intéressés acceptent de les utiliser d'une part, et que les incidences économiques des techniques nouvelles s'avèrent être celles que l'on espérait d'autre part. Ces deux remarques ont leur importance, tant en ce qui concerne la réglementation nouvelle des opérations économiques, que la réforme des structures industrielles.

Nous mènerons pourtant l'analyse en distinguant les premières des secondes. Les mesures ne sont pas les mêmes dans les deux hypothèses. Et cette différence se comprend fort bien : les techniques incitatives visent à modifier les raisons d'un comportement spontané. Et la motivation d'une entreprise qui réforme ses structures n'est pas celle d'une firme qui accomplit des opérations économiques de gestion courante.

La technique qui permet de modifier la première est différente de celle qui agit sur la seconde.

§ 2. — MESURES TENDANT À ORIENTER LES OPÉRATIONS ÉCONOMIQUES

Les ordonnances de 1967 intéressent les opérations de financement des entreprises par le régime des instruments de crédit et du marché financier. Les dispositions nouvelles tendent à alléger le formalisme des opérations de crédit pour en réduire le coût, comme le souligne l'exposé des motifs. C'est ce souci de simplifier les procédures de crédit qui avait déjà inspiré les mesures prises par le gouvernement avant les ordonnances, et auxquelles M. Debré faisait allusion dans son discours prononcé le 22 juin 1967 devant l'Assemblée nationale. Peut-on pour autant conclure que l'incitation au développement des opérations de crédit passe par un recul du formalisme ? Les réformes de 1967 font-elles recours au consensualisme dont les auteurs classiques se plaisaient précisément à souligner le triple avantage de simplicité, de rapidité et de sécurité ?

I. L'influence économique du formalisme

L'analyse conduit à préciser ce que l'on entend par « formalisme ». Si l'on désigne par là toute procédure superflue, les classiques avaient raison. Mais la définition des juristes est plus précise. « Le consensualisme demeure, tant que le choix du mode d'extériorisation de la volonté est libre parmi ceux, innombrables, que peut imaginer l'ingéniosité des parties. Le formalisme n'apparaît qu'autant que le consentement doit être enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que si les prescriptions édictées par celle-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volonté soit frappée d'inefficacité juridique à un degré quelconque » (1). Laisser toute liberté au mode d'extériorisation de la volonté n'aboutit pas forcément à alléger les procédures. La liberté d'expression n'incite pas automatiquement à multiplier les opérations économiques, bien au contraire. Des formes très simples et toujours identiques permettent de connaître la signification juridique d'un acte au seul examen de son apparence. La forme devient alors facteur de simplicité, de rapidité et de sécurité (2).

On peut définir le formalisme par l'obligation faite aux personnes d'employer certaines formes pour agir, ou bien par l'obligation de se soumettre à des procédures compliquées. Mieux vaut adopter la définition large, qui englobe la seconde. Une législation est formaliste si elle impose que la manifestation de volonté revête une forme pré-

(1) J. FLOUR, *Quelques remarques sur l'influence du formalisme*.

(2) J. FLOUR, *précité*, p. 97.

cise pour prendre valeur juridique. Une législation qui a pour objectif de fournir les cadres les plus efficaces de concurrence doit simplifier le formalisme d'une façon permanente. Il faut constamment alléger les procédures. Le législateur doit être attentif à toutes difficultés qui peuvent freiner en pratique le développement d'opérations nécessaires à l'application des objectifs de politique économique. On s'explique ainsi que les ordonnances de 1967 décrivent avec précision dans leurs motifs les besoins économiques de l'industrie. Le formalisme de certaines opérations est trop lourd et constitue un frein à leur développement. Pourtant, ces activités sont essentielles à la satisfaction des objectifs de la politique économique (recherche de la compétitivité, rationalisation des structures, etc.). Il faut donc réviser les formes dans lesquelles s'effectuent toutes ces opérations, mais conserver le formalisme au sens où nous l'avons défini.

Il s'ensuit que la législation des formes d'opérations économiques est nécessairement mouvante. C'est la pratique qui peut attirer l'attention du législateur sur les obstacles juridiques. Il doit y avoir des rapports constants entre l'Etat et les acteurs économiques, si bien que cette législation mouvante devienne le résultat d'une sorte de concertation. La pratique joue un rôle moteur dans la modification du formalisme des opérations économiques. Nous verrons qu'elle a en revanche un rôle secondaire dans celle des structures des entreprises.

Au total, l'évolution du formalisme laisse une place importante à ce que l'on pourrait appeler la « génération spontanée ». C'est dire que l'« ingéniosité des parties » à imaginer des modes nouveaux d'extériorisation de la volonté a son importance. Le formalisme ainsi défini se concilie par conséquent avec le consensualisme. Si la législation est suffisamment souple et mobile pour entériner les formes qui facilitent les opérations économiques, le formalisme est alors le mode d'expression de la volonté qu'auraient dû choisir les parties pour atteindre à la meilleure efficacité. La forme imposée est acceptée, elle est même exigée parce qu'elle est rationnelle. En effet, l'évolution du formalisme est celle d'une conciliation entre le besoin de sécurité d'un partenaire économique qui ignore tout de l'autre et le souci de ne pas entraver les opérations économiques. Cette conciliation résulte d'une analyse précise des conditions économiques. Si l'analyse est convenablement menée, les opérations économiques que recouvre le formalisme doivent se développer. Ainsi sera établi le caractère rationnel des mesures nouvelles (1).

Précisons enfin qu'il ne faut pas confondre ce « formalisme » souple avec l'accomplissement de « formalités » diverses, auquel le législateur soumet nombre de relations contractuelles pour les placer en régime de liberté surveillée : « Bon nombre des formalités auxquelles sont astreints les contractants sont exigées afin de vérifier qu'une interdiction n'est pas enfreinte, que les diverses règles légales sont respectées, ou pour permettre éventuellement la formation autoritaire d'un rapport

(1) Il n'est guère évident que cela ait été le cas pour les ordonnances 62832, 838 et 839 du 28 septembre 1967.

contractuel. La plupart des formalités ont pour objet d'assurer la surveillance de l'activité contractuelle eu égard aux règles impératives d'ordre public économique » (1).

Ces formalités souffrent d'une contradiction interne. D'un côté elles sont des techniques d'intervention au service de la politique économique. D'un autre côté, elles affectent l'activité économique des particuliers qui se plaignent des lourdeurs imposées par l'administration. Nombre d'entre elles ont la prétention d'inciter l'industrie à la compétitivité, qui sont inadéquates par leur forme à l'objectif général poursuivi.

En revanche, l'évolution du « formalisme souple » est parfaitement cohérent. Facteurs de simplicité, de rapidité et de sécurité envers les tiers, les formes imposées deviennent plus simples, moins onéreuses. Les aménagements législatifs, qu'il s'agisse de la modification de règles existantes ou de la création de techniques nouvelles, tendent à faire sauter les « freins » qui risquent de nuire aux échanges économiques, au comportement que l'Etat juge souhaitable. Les ordonnances de 1967 ont exactement cet objectif. Elles font évoluer le formalisme, notamment dans le domaine financier (2).

II. Les incitations positives à agir

Les règles de droit peuvent susciter d'une façon positive un comportement attendu. Certes, elles ont plus souvent valeur d'interdiction et limitent la liberté d'agir ; elles font partie de « ces ensembles de conditions astreignantes pour les agents dont elles délimitent les champs de choix » (3). En modifiant le formalisme, l'Etat ouvre l'éventail des choix de l'agent économique et supprime ainsi un frein à son action, nous venons de le constater. Mais les règles ne constituent pas que des interdictions. Elles sont aussi les instruments positifs d'intervention économique. En aménageant la règle de droit pour la rendre attrayante, l'Etat peut susciter une activité qu'il juge souhaitable (4). On offrira

(1) FARJAT, *L'Ordre public économique*, n° 261.

(2) On pourrait croire cependant que les nouveaux textes ont introduit le formalisme là où la volonté des parties pouvait s'exprimer librement. C'est caractéristique notamment pour le crédit à court terme. L'escompte des créances pures et simples en particulier des factures, était parfaitement possible au plan juridique avant 1967. On pourrait penser que c'est une opposition des banquiers au plan technique qui en paralysait l'usage (cf. J. RIVES LANGES, *Problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, p. 109 et 110) et non une prescription législative. En fait ce procédé ne pouvait avoir la faveur des banquiers, car il leur imposait de recourir aux modes de transmission du Droit civil (cession et délégation de créance) qui sont loin de présenter l'avantage de la clause à ordre et de l'endossement. Si ce biais était nécessaire, c'est que le législateur ne permettait pas l'usage des clauses à ordre et de l'endossement, parce qu'il ne permettait pas à la volonté de transmettre la créance, de se manifester par un mode d'extériorisation autre que les formes impératives de la cession ou de la délégation de créance. L'institution de la facture protestable traduit une simplification du formalisme, par la création de formes nouvelles qui dérogent aux anciennes jugées trop lourdes.

(3) F. PERROUX, *L'économie du XX^e siècle*, p. 486.

(4) M. VASSEUR, *Droit de la réforme des structures industrielles*, p. 515.

ainsi un traitement de faveur à certaines personnes, on soumettra certaines opérations économiques à un régime préférentiel. Nous avons écarté ces méthodes simplement incitatives du champ de notre étude, mais elles sont incontestablement liées aux techniques contractuelles.

Ce traitement intéressant n'est pas limité aux seuls avantages matériels. Ce peut aussi être toute offre susceptible d'attirer les intéressés. Pour être efficace, cette législation doit donc reposer sur une analyse précise de la psychologie des individus. Le nouveau régime doit être réellement impulsif et déterminant.

Un examen attentif de la situation économique est particulièrement important en notre matière parce que le but final de la réforme législative est d'agir sur cette situation. Mais aussi et surtout, les réformes ne consistent pas à entériner une création de la pratique ou à pallier un abus qui s'était manifesté à l'expérience. La modification du cadre législatif donne naissance à un mécanisme original imaginé par les responsables de l'administration économique afin de susciter une certaine réaction des agents économiques. L'évolution du droit commercial s'est faite jusqu'à présent, essentiellement pour réprimer des abus inadmissibles (1) ou bien pour donner valeur législative aux créations des praticiens que l'on jugeait commode. Dans les deux cas la pratique était à l'origine des réformes. Le droit économique, qui regroupe notamment l'ensemble des règles juridiques dont l'objectif premier est d'agir sur l'industrie, évolue à l'initiative des responsables de l'économie au sein de l'administration. La pratique a cependant « le dernier mot » puisque c'est sa réaction que l'Etat cherche à orienter. Aussi bien, le législateur devra-t-il étudier soigneusement les effets probables de la réforme qu'il introduit.

Nous retrouvons ainsi en conclusion les deux remarques que nous avons faites dans l'annonce de ce paragraphe. Les ordonnances décrivent avec précision les problèmes économiques auxquels elles s'attaquent ; les réformes mises en cause ne naissent pas directement de la pratique mais sortent toutes armées du cerveau des « technocrates ». Il reste maintenant à montrer que ces deux points caractérisent les mesures tendant à modifier les structures économiques. La réforme des structures ne peut résulter des mêmes techniques incitatives que celles qui influent sur les opérations commerciales. Mais ces techniques naissent, elles aussi, à la suite d'un examen de la situation économique et ne se limitent pas à entériner ou censurer les usages commerciaux.

§ 3. — MESURES TENDANT À ORIENTER LES STRUCTURES ÉCONOMIQUES

Certaines réformes prévues par les ordonnances de 1967 tendent à éliminer des obstacles juridiques aux fusions, comme l'ordon-

(1) Les nombreuses dispositions pénales de la récente réforme du droit des sociétés (loi du 24 juillet 1966) le prouvent éloquemment.

nance 65593 qui ménage une possibilité de rachat par les sociétés de leurs propres actions en exception à l'interdiction générale édictée par la loi du 24 juillet 1966. Les sociétés absorbantes pourront désormais céder leurs propres actions qu'elles auront acquises au préalable, en échange des titres de la société dont elles souhaitent prendre le contrôle. L'ordonnance 67834, nous l'avons vu, subordonne le remboursement des obligations aux porteurs qui en feraient la demande, à une décision de justice, au cas de fusion ou de scission non ratifiées par l'assemblée extraordinaire des obligataires. Ces deux textes suppriment « des freins » au mouvement de concentration que révèle une analyse précise de la situation économique.

Dans le même souci de favoriser une concentration des structures industrielles françaises, le législateur de 1967 a créé le groupement d'intérêt économique (G.I.E.). Le G.I.E. est une société qui regroupe des agents économiques désireux de mettre en commun certaines activités. Il n'est pas obligé d'avoir un patrimoine propre mais doit poursuivre une activité économique qui est son objet social. Les associés doivent garantir solidairement les dettes sociales. Pour le surplus les règles de fonctionnement du G.I.E. sont librement déterminées dans les statuts (1).

La caractéristique essentielle de cette nouvelle forme de société est d'offrir un cadre très lâche qui laisse une large place à la libre volonté des partis. Elle est aussi soumise à des dispositions impératives fort peu nombreuses qui font contraste avec le train d'interdictions souvent pénalement sanctionnées de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales. Dans le G.I.E., les associés peuvent organiser leurs rapports comme ils l'entendent.

Cependant, le G.I.E. a été conçu comme étant la structure d'un organisme commun ne poursuivant pas la recherche de bénéfices. On n'a pas voulu en faire une super-société poursuivant une activité commerciale commune aux membres ou même une formule de fusion. Le G.I.E. est le cadre dans lequel les associés pourront mener des recherches communes, et rationaliser leur gestion tout en conservant leur individualité et leur autonomie. Les dossiers du Bureau des fusions et regroupements d'entreprises montrent d'ailleurs que 30 % des activités des G.I.E. portaient, en 1969, sur les recherches de l'organisation et la gestion, ce qui les met au premier plan des objets sociaux. De nombreux commentateurs n'hésitent pas à parler d'une révolution dans les esprits industriels qui se tournent ainsi vers des méthodes modernes de gestion.

Recherche d'une organisation commune, rationalisation de la gestion ne signifient pas pour autant abandon de son individualité et de son autonomie. Et la plupart des membres des G.I.E. entendent bien

(1) Le groupement d'intérêt économique a fait l'objet d'études détaillées. Pour plus de précisions, cf. l'ouvrage de J. GUYENOT et son commentaire au D. 1969, I, 187 ; — voir également J.-P. DUBOIS, J.C.P. édit., C.I., 1969, I, 85060 ; — G. LAVABRE, D. 1969, Ch. p. 35 — ; M. FLEURIET, *Quot. jur.*, n° 21, 1969, p. 2 — ; Y. GUYON et G. COQUEREAU, *Le groupement d'intérêt économique*.

conserver leur souveraineté. Un sondage réalisé par l'Institut supérieur de gestion révèle que sur les 242 G.I.E. interrogés, 72 % considèrent la nouvelle structure comme un outil de concentration de services, les autres y voyant plutôt une antichambre pour la fusion. Si les opérations de fusion donnent naissance à une fédération, le G.I.E. ressemble plutôt à une confédération.

Encore n'est-ce peut-être là qu'une illusion. Dans un G.I.E., entre deux entreprises de puissance économique différente, la plus grosse dispose de tous les atouts pour absorber la plus petite. La nouvelle structure est un levier supplémentaire pour exercer une sorte de phagocytage économique.

En donnant préférence à la volonté de fusionner sur la défense des parties à la fusion, le législateur français favorise les réformes de structures mais renonce à protéger les personnes privées. Car l'Etat suscite un certain comportement en multipliant les possibilités d'en exécuter le projet, c'est-à-dire en élargissant le cadre de la liberté des agents économiques. En contrepartie, les garanties dont jouissent les autres intéressés sont du même coup réduites.

Pourtant, cette liberté d'action n'est pas toujours suffisante. Dans bien des cas, la motivation à agir dans le sens voulu par l'Etat n'existe pas. A quoi sert d'agrandir le domaine de liberté et de multiplier les possibilités d'agir, si les agents économiques ne veulent pas suivre les voies que l'Etat juge souhaitables... ? Une telle opposition aux objectifs économiques du gouvernement existe parfois en ce qui concerne les réformes de structures. Elle provient des chefs d'entreprise eux-mêmes. Lorsqu'il s'agit de favoriser la compétitivité de l'industrie, ils sont disposés à agir en ce sens. Certains feront cependant obstacle aux modifications souhaitables, si leur intérêt personnel est mis en cause. C'est précisément la conséquence des réformes de structures ou de la réorganisation de la gestion. Le comportement rationnel n'est alors pas celui que les entreprises adopteront : trop d'intérêts personnels sont impliqués. Pour surmonter ces résistances, l'Etat devra faire mieux que de laisser jouer la volonté des agents économiques. Il devra offrir un traitement préférentiel pour les opérations de rationalisation et de fusion qu'il estime indispensables.

C'est ce qu'il a fait pour le G.I.E. qui est une structure permettant de rationaliser la gestion. Les G.I.E. bénéficient d'un régime fiscal de faveur et c'est précisément juste après la promulgation du décret d'application des dispositions fiscales de l'ordonnance, le 30 mai 1968, que de nombreux G.I.E. se sont créés.

Il apparaît ainsi que l'Etat peut agir sur les opérations et les structures d'une économie libérale par la simplification des formes juridiques, l'octroi d'une liberté plus grande à la volonté des agents économiques et, dans certains cas limités, l'aménagement d'un traitement privilégié pour le comportement qu'il souhaite. Mais l'octroi d'un régime de faveur est plus souvent organisé dans le cadre de relations individuelles entre l'Etat et une entreprise ou une branche de production. C'est la valeur incitative de ces régimes préférentiels organisés par des techniques directives que nous allons maintenant examiner.

Section II. — Les techniques sectorielles d'intervention

L'Etat peut influencer l'évolution économique de deux façons différentes. Il intervient d'abord de façon globale, par le fait même qu'il existe. Le cadre législatif et réglementaire des activités économiques, l'impact de la charge fiscale et des marchés publics qui permettent de réaliser des équipements collectifs, modifient le marché national et le jeu de la concurrence. Toutes ces activités exercent une influence globale, non discriminatoire sur l'industrie française. Pour favoriser le développement, elles doivent être étudiées de façon à respecter l'impératif industriel. Ce n'est pas tout. La concurrence se déroulant dans un jeu d'influences soumises à l'impératif industriel ne suffit pourtant pas toujours à atteindre le maximum de compétitivité de la machine industrielle. Le marché peut présenter des insuffisances, notamment lorsqu'il s'agit de prévoir ce que sera le futur. L'Etat doit alors intervenir de façon spécifique. Il tentera d'agir sur le comportement économique de certains secteurs de l'économie, voire sur les entreprises individuellement. Il cherchera à leur faire suivre les voies qu'il estime souhaitables, celles qui constituent sa politique économique.

Un Etat dont la doctrine économique est fondamentalement libérale ne peut donner des ordres aux entreprises pour leur faire modifier leur comportement économique. Il ne doit pas porter atteinte à l'initiative privée, à la liberté contractuelle ou à l'autonomie de la volonté. Par souci de concilier la liberté individuelle et l'intérêt général, il recourt à la persuasion pour amener les individus à agir dans sa perspective économique. Il oriente l'activité industrielle par l'octroi de traitements préférentiels que les entreprises sont libres d'accepter ou de négliger.

La liste des techniques utilisées en France à cette fin est impressionnante. Notre propos ici sera de les recenser et d'examiner leurs rôles respectifs comme moyens d'application de la politique industrielle. Le fondement de ces techniques étant de modifier les raisons d'un comportement économique spontané, leur efficacité dépend de leur force incitative. C'est la mesure dans laquelle chacune des techniques incite les chefs d'entreprise à suivre des voies que l'Etat estime souhaitables que nous serons finalement amenés à examiner.

1. Pour donner un aperçu de leurs rôles d'incitation, l'on doit donc tout d'abord recenser les techniques utilisées par l'Etat. On peut ensuite les classer suivant les avantages qu'elles offrent aux entreprises. Les mesures d'intervention sectorielle ménagent un traitement de faveur qui modifie un des éléments dont tient compte l'entrepreneur pour faire un choix économique : l'octroi de capitaux ou d'avantages financiers en sont des exemples. Trouver les effets premiers d'une telle technique, c'est répondre à la question : « A quoi sert-elle ? qu'apporte-t-elle à l'entreprise ? » Enfin l'on essaiera de préciser l'impact

des effets premiers sur les objectifs finaux, c'est-à-dire leur contribution à la réalisation des buts de la politique économique.

Nous avons regroupé les différentes techniques d'intervention dans le schéma ci-contre *, d'après les avantages directs (ou les inconvénients) qu'elles ménagent aux entreprises françaises. Certaines techniques augmentent le profit lié à une opération économique et modifient ainsi les facteurs d'une décision plutôt conjoncturelle. Ce sont l'octroi d'avantages financiers, l'allègement de coûts ou l'autorisation d'augmenter les prix de vente. D'autres traitements préférentiels agissent sur les motivations d'une décision de longue portée : fourniture de capitaux à long terme, organisation de perspectives de développement, information sur l'avenir probable du secteur, aide au développement durable de la demande. Enfin, les mesures de pénalisation restent tout à fait à part, comme les traces d'un ancien Etat plus autoritaire.

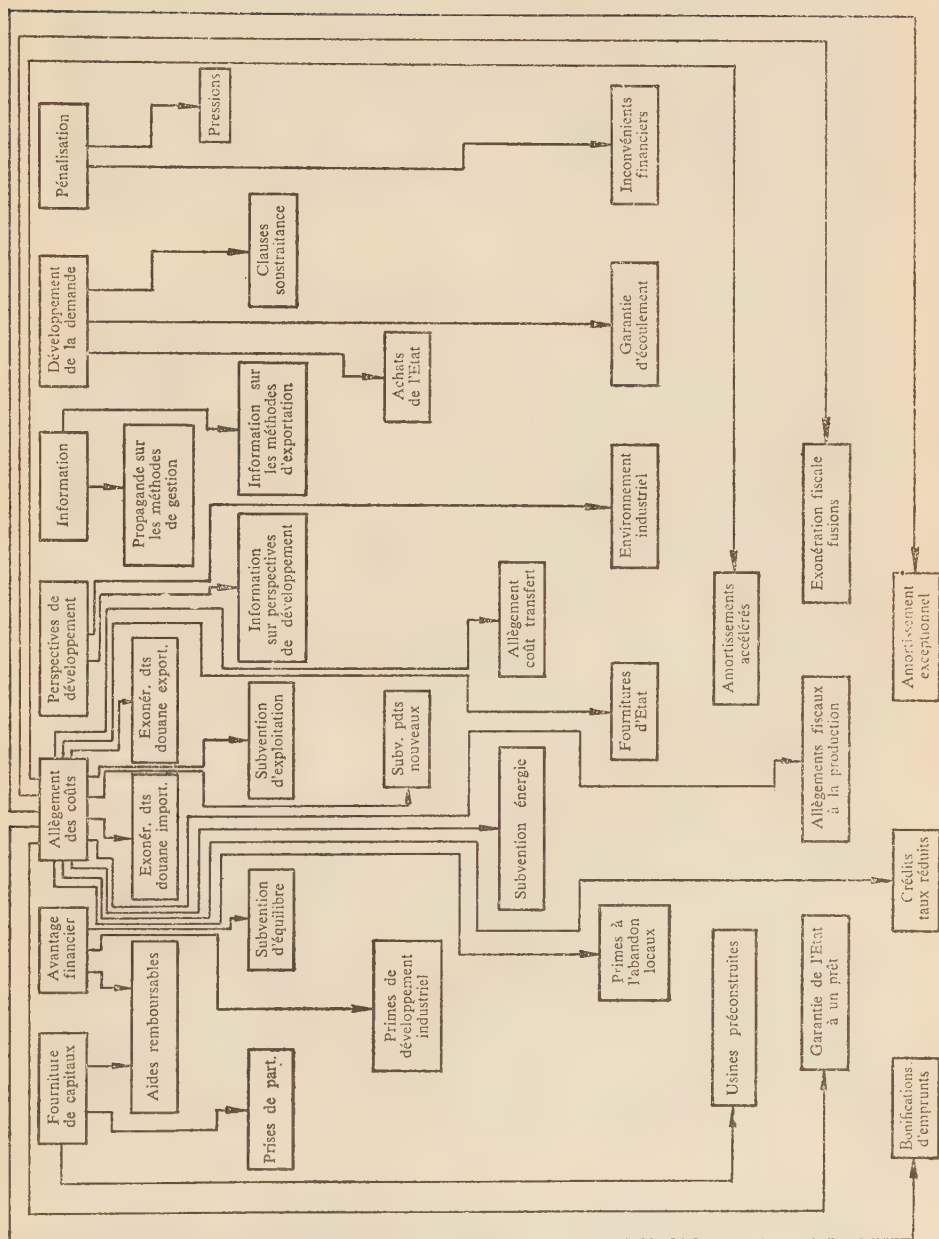
Les objectifs de ces techniques d'intervention sont ceux de la politique industrielle. Le rapport du Comité de développement industriel en définit six : renforcement des activités industrielles fondamentales, amélioration des structures des entreprises, modernisation des techniques de gestion, augmentation de la recherche, amélioration du développement des découvertes et croissance des exportations. L'histoire des vingt dernières années autorise à y ajouter l'aménagement du territoire, c'est-à-dire le souci d'orienter la localisation des entreprises au mieux des intérêts régionaux. Nous examinerons brièvement comment les différentes techniques d'intervention s'articulent pour promouvoir ces objectifs.

§ 1. — LA FOURNITURE DE CAPITAUX

Conformément à la méthode annoncée nous rechercherons les relations des techniques qui apportent des capitaux au taux du marché, avec les objectifs de politique économique et tenterons d'en préciser l'impact. Puis nous en rechercherons les conditions d'utilisation.

La fourniture de capitaux au taux du marché répond à un élément de la décision des entrepreneurs qui est la même pour toute opération économique. Un chef d'entreprise peut être décidé à augmenter ses investissements pour soutenir la production, réformer les structures de sa firme, accroître l'effort de recherche-développement ou les exportations, développer la prospection de la clientèle, mais manquer de capitaux pour ce faire (1). Cette insuffisance est une caractéristique des sources privées de financement à long terme. Si l'opération envisagée est intéressante au regard des objectifs économiques nationaux, l'Etat peut être amené à pallier cette carence du financement privé.

(1) Lorsque l'argent est « cher », les investissements seront limités plus par l'impossibilité pour certains d'emprunter les sommes nécessaires au taux du marché, que par les taux d'intérêt élevés. Cf. à cet égard l'étude de G. L. BACH et C. J. HUIZENGA, in *America Economic Review*, mars 1961, pp. 52-80.



* Schéma I

Ce traitement de faveur est potentiellement apte à promouvoir n'importe lequel des objectifs de politique économique. Cependant, si son champ d'application est très vaste, ses effets sont assez faibles : l'octroi de capitaux peut accompagner une opération jugée souhaitable, mais ne la suscite pas positivement. D'autres mesures d'intervention doivent s'articuler avec l'aide financière afin de susciter cette opération. Le plus souvent, à l'aide financière s'ajoutent des avantages financiers gratuits. Finalement les textes qui prévoient la possibilité d'une aide financière doivent être suffisamment restrictifs pour éviter que le traitement de faveur ne soit qu'un avantage marginal dont profiteraient des entreprises qui auraient réalisé l'opération envisagée même si aucune aide n'avait été octroyée.

L'aide publique en capital ne peut avoir d'effet que si elle est d'un volume suffisant. Ceci constitue une condition générale, valable quel que soit l'objectif économique poursuivi. Les besoins de financement d'une opération économique forment un ensemble : il y a un seuil de financement, une masse de capitaux au-dessous de laquelle l'opération ne peut réussir. Pourtant, même les possibilités de financement de l'Etat sont limitées. Ces deux contraintes entraînent deux conséquences : un « saupoudrage » des aides financières étant inefficace, l'Etat doit faire un choix parmi les entreprises et les secteurs qu'il convient d'aider ; d'autre part, il doit s'assurer, autant que faire se peut, la collaboration des sources privées de financement.

Choisir parmi les secteurs d'intervention suppose que l'Etat dispose de critères. C'est la configuration industrielle souhaitable qui permet de définir les priorités à donner aux aides financières. L'élaboration d'un modèle de ce que doit être l'industrie française est la première condition d'emploi de toutes les techniques qui apportent des capitaux aux entreprises (1). Le Plan, notamment, a un rôle à jouer dans l'apprentissage du changement et dans une certaine mesure doit « chercher à percevoir ce que sera l'homme de demain, ses besoins de formation, de mobilité, son mode de vie afin d'harmoniser les exigences de la civilisation industrielle et les impératifs de demain » (2).

Le souci d'économie des deniers de l'Etat suscite la recherche d'une coordination avec les sources privées de financement. Les prêts ne peuvent avoir qu'un caractère supplétif et complémentaire des sources de financement bancaire. L'Etat ne prête qu'en dernière analyse (3). Ils sont destinés de surcroît à être relayés un jour ou l'autre par l'action du marché financier. Ce souci de collaboration conduit à poser le problème d'une éventuelle participation publique au capital de la firme : les capitaux privés iront plus facilement s'offrir aux firmes qui présentent une structure financière équilibrée

(1) Voir à cet égard le modèle esquissé par J. SAINT-GEOURS dans *Politique économique des principaux pays industriels de l'Occident*, Sirey, 1969 ; et les choix possibles évoqués par P. MASSE dans « Prévision et perspectives », in *Etape de la prospective* de G. BERGER (P.U.F., 1967).

(2) Rapport du Comité de développement industriel, précité, p. 54 et s.

(3) M. VASSEUR, *Droit de la réforme des structures industrielles*, p. 314.

avec des capitaux propres importants (1). Une telle technique d'intervention n'est pas obligatoirement contraire aux objectifs poursuivis, notamment celui de permettre à la firme de pratiquer une gestion concurrentielle. Il faut distinguer à cet égard les secteurs en déclin que l'Etat finance à fonds perdus et qui relèvent de l'activité d'une entreprise publique ou semi-publique, et des secteurs de technologie de pointe dans lesquels les participations publiques peuvent être mobilisées le jour où l'entreprise pourra se développer seule. Mais nous touchons là aux conditions particulières dépendant de l'objectif poursuivi, que nous allons maintenant examiner.

§ 2. — L'ACTION SUR LES RÉSULTATS FINANCIERS

Le marché est un mécanisme déterminant du profit. Schématiquement, on peut dire que la principale composante d'une décision conjoncturelle est la recherche du profit maximum. Toute intervention ayant pour but d'augmenter le profit lié à une opération économique la rend par là même attrayante pour l'industrie. Ainsi l'Etat peut-il alléger les coûts de revient d'une opération de production ou d'investissement pour la susciter. Ou bien autoriser certaines entreprises à relever leurs prix de vente dans les secteurs où ils ne sont pas libres ; ou encore octroyer simplement un avantage financier gratuit lié à l'opération qu'il juge souhaitable.

Ces techniques n'ont pas un effet stéréotypé sur la motivation industrielle. Toutes les trois conduisent à augmenter les bénéfices de la firme. Ces bénéfices peuvent être investis et améliorer finalement la position de la firme sur le marché. Mais on n'a aucune certitude à cet égard, et ils peuvent aussi bien être distribués directement aux associés.

De même, les deux premières techniques d'allègement des coûts et octroi d'avantages financiers peuvent se répercuter sur les prix de vente qu'elles modifient en baisse, plutôt que d'augmenter le profit. Dans ce cas, l'entreprise pourra restaurer ses marges bénéficiaires en augmentant ses cadences de production et développant ses ventes, et être à même, ensuite, d'effectuer des recherches, de financer ses investissements, c'est-à-dire de conquérir une position stratégique sur le marché. On n'a là encore aucune certitude sur l'usage que fera la firme du traitement de faveur qu'elle reçoit. Tout dépend en fait du marché de l'entreprise et de sa réaction à une réduction des prix de vente.

Que ce soit par une augmentation momentanée du profit ou en offrant le moyen de conquérir une place dominante sur le marché, l'action sur les résultats financiers ne se limite pas à accompagner une décision, et aplanir les obstacles susceptibles de la paralyser, comme l'aide au capital, elle la suscite, parce qu'elle crée des raisons

(1) Avis du Conseil économique et social, Rapport Ventejol, *J.O.* du 3 mai 1961.

d'entreprendre. En modifiant les composantes de l'activité économique, elle peut l'orienter de façon positive. « L'Etat mais parfois aussi les collectivités locales donnent... lorsqu'ils désirent *susciter* la réalisation d'une action qui leur paraît justifiée à raison de son importance les plus grands sacrifices, et espèrent par ce moyen *entraîner* la conviction des chefs d'entreprise et déterminer leur action » (1).

L'octroi d'avantages financiers gratuits est donc souvent combiné avec l'octroi des capitaux, permettant ainsi de coordonner politique incitative et politique d'accompagnement. La conciliation la plus simple est l'octroi de prêts dont le taux d'intérêt ou les conditions de remboursement sont plus avantageuses que celles du marché.

Les contrats d'aide financière contiennent souvent des stipulations de cet ordre. Ces crédits avantageux ont alors le même champ d'application que les prêts consentis aux conditions du marché : ils permettent d'atteindre tous les objectifs de la politique industrielle (2).

L'Etat peut comprimer directement les coûts de certains produits nécessaires à la production qui relèvent de l'activité publique. Ainsi certaines entreprises publiques ou semi-publiques (E.D.F.-G.D.F.-S.N.C.F.) peuvent-elles octroyer des tarifs de faveur (3). Cette diminution des prix de revient peut porter sur le coût du financement. Les pouvoirs publics peuvent ainsi susciter positivement une opération financière qu'ils jugent souhaitable en offrant leur garantie ou en accordant des bonifications d'intérêt. Ces techniques qui rendent le crédit d'origine privée plus accessible, jouent également un rôle d'accompagnement puisqu'elles offrent indirectement à l'entreprise les capitaux qui faisaient éventuellement défaut. Parmi les techniques de compression des coûts, la moins onéreuse est celle qui réduit la charge fiscale puisqu'elle constitue seulement un manque à gagner pour l'Etat. Elle prend la forme d'un contrat fiscal par lequel les pouvoirs publics renoncent à percevoir certains impôts ou certaines taxes, l'entreprise s'engageant en retour à assu-

(1) M. VASSEUR, *Droit de la réforme...*, précité, p. 315.

(2) L'efficacité d'une réduction du taux d'intérêt est cependant assez mal connue. En macro-économie, quelques études ont mis en évidence une influence des taux d'intérêt sur la décision d'investissement, mais aucune appréciation de cette influence n'est vraiment satisfaisante. Tout ce que l'on peut dire est qu'un changement de taux d'intérêt se répercute surtout sur les investissements en biens de construction.

Cf. E. KUH et J. R. MEYER, « Investments liquidity and monetary policy », in *Impacts of Monetary policy*, Commission on Money and Credit Prentice Hall, 1963, p. 340-341. L. CARSHIS, « The Elasticity of the marginal efficiency Function », in *American Economic Review*, décembre 1961, p. 368 et s., et W. H. WHITE, « Interest Elasticity of investment demand », in *American Economic Review*, septembre 1956, p. 565 et s.

L'on peut également consulter sur ce point les résultats d'une étude générale sur le resserrement monétaire (et la hausse des taux d'intérêt qui en est résultée) aux U.S.A. en 1966. J. CROCKETT, I. FRIEND et H. SCHAVELL, « The impact of monetary stringency on Business Investment », in *Survey of Current Business*, August 1967, p. 10 et s.

(3) Cf. les tarifs préférentiels pour l'énergie électrique fournie aux entreprises bretonnes et ceux que le G.D.F. consent aux firmes installées près du gisement de Lacq.

mer un certain comportement. Du point de vue de la motivation des chefs d'entreprise, il revient au même de profiter d'une prime ou d'une réduction fiscale.

L'inconvénient majeur de l'action sur les résultats financiers en est le coût pour l'Etat. Plus grandes sont ses exigences quant au comportement futur de l'entreprise, plus important doit être l'avantage consenti. Certes, les accords de programmation par lesquels l'Etat autorise certaines firmes à réajuster en hausse leurs prix de vente malgré le blocage des prix ne coûtent rien. Mais dans la mesure où l'intervention sur les prix est justifiée par la situation économique, les dérogations sont dangereuses pour l'équilibre général. Quelle que soit la technique considérée, le souci de limiter les dépenses publiques et de respecter les équilibres économiques globaux conduit à en restreindre l'emploi.

Enfin, ces techniques risquent souvent d'avoir une influence moins importante que l'on pourrait le croire au premier abord sur le comportement des firmes. Ce que cherchent surtout à obtenir certains chefs d'entreprise, notamment s'ils ne sont pas propriétaires, c'est « moins un profit de capitaliste, qu'un profit d'entrepreneur ». Celui-ci consiste dans le développement en longue période de l'entreprise plus que dans le gain financier immédiat (1). Ils sont donc incités à adopter le comportement qui confère à leur firme les meilleures perspectives de croissance plutôt que de rechercher un profit immédiat. Ils agiront de façon à ce que leur firme puisse profiter au mieux de l'évolution économique, qu'elle acquière une position stratégique sur le marché. Nous avons vu que l'avantage financier que leur octroie l'Etat peut être parfois répercuté sur les prix de vente et leur permettre de se ménager une place dominante sur le marché. Dans ce cas, les primes et exonérations fiscales ont une forte valeur d'incitation. Mais cette possibilité dépend des conditions économiques. Elle est difficile à prévoir « ex ante ». Le contrat de programme est paradoxalement plus spécifiquement destiné à organiser une position stratégique à l'entreprise. Il entraîne une hausse des prix et par contrecoup un glissement de la demande vers des produits de substitution. Mais il permet aux entreprises de reconstituer leur autofinancement et d'entreprendre des programmes d'investissement et de recherche qui peuvent accroître leur compétitivité sur le marché mondial.

En toute hypothèse, l'Etat dispose d'autres moyens pour ménager une position stratégique aux entreprises dont il veut favoriser l'activité ou modifier la localisation.

(1) P. BAUCHET, *La planification française : quinze ans d'expérience*, pp. 253-254.

§ 3. — L'ACTION SUR L'ENVIRONNEMENT DE L'ENTREPRISE

L'environnement d'une entreprise est constitué de l'ensemble des conditions de son activité dans l'avenir. Il s'agit par conséquent tant de l'organisation des débouchés que des conditions de production en longue période.

I. L'organisation des débouchés

L'Etat peut orienter la production par la nature de sa demande propre. L'influence de l'Etat consommateur est importante et la remarque vaut pour tout Etat développé même le moins interventionniste de nature. Par le mode de détermination des prix, l'établissement de programmes pluri-annuels d'achats, l'Etat pourrait permettre aux entreprises de planifier leur production et d'élaborer en conséquence des programmes sérieux d'investissement ou de recherche, donc de leur ménager une position stratégique sur le marché.

L'Etat peut aussi inciter à la recherche, ou au développement de techniques de pointe, dans certains secteurs, par la création d'une demande pour les produits nouveaux. Les techniques employées dépendent de l'état du marché, c'est-à-dire schématiquement de l'objectif poursuivi ; veut-on favoriser la recherche fondamentale, il faudra créer une demande qui n'existe pas pour ce type de recherche. Si l'on entend favoriser le développement d'une technique nouvelle, il suffit de prospecter et développer la demande potentielle qui existe pour le produit. L'aide à la recherche fondamentale relève par conséquent presque uniquement d'un effort propre des pouvoirs publics. L'Etat se porte directement demandeur d'un programme de recherche par des marchés d'études ou de recherche, des contrats de prototypes industriels (1). Dans l'hypothèse du lancement d'un produit nouveau et plus généralement du développement des résultats de la recherche, il suffit de garantir un débouché pendant les premiers temps de recherche pour que les entreprises se décident à affronter le risque technologique. Cette garantie aboutit à la passation de marchés publics avec la seule administration qui peu à peu laisse place à d'autres acheteurs selon le stade de développement atteint par le produit.

L'administration peut aussi susciter la demande en prévoyant des dispositions qui obligent une firme bénéficiant d'avantages octroyés par l'Etat à se porter acheteuse auprès d'entreprises désignées. Cette technique présente l'avantage d'être moins onéreuse que les précédentes, tout en étant au moins aussi efficace. Elle permet de multiplier les effets d'un contrat d'aide financière qui d'une part modifiera le comportement de la firme contractante, et d'autre part augmentera le débouché d'un secteur technologiquement lié à la première.

(1) Sur l'importance de ces mesures en France, voir le discours prononcé par M. Debré devant l'Assemblée nationale le 29 juin 1967, *J. O. Débats A.N.* 30 juin 1967, p. 2378 et s.

II. La création d'un environnement industriel (1)

« Il est fait de toutes les infrastructures que l'Etat met en place, de tous les biens qu'il produit, de tous les services qu'il assure et plus généralement de toutes les prestations dont il a la responsabilité : c'est ainsi que les prestations d'emploi, d'éducation, de formation, de recherche, de logement, ont toutes leur influence sur le secteur industriel » (2). Nous avons déjà souligné le rôle que les travaux d'intérêt général pouvaient jouer sur la compétitivité des entreprises. Inversement, l'efficacité d'une entreprise au regard de la compétition internationale dépend en partie de son environnement, par conséquent de sa localisation. Les entreprises sont incitées à s'installer dans les régions où elles trouvent les conditions les plus favorables pour leur développement à long terme. « La position stratégique est comme un fait géographique, un fait qui a peut-être poussé le chef d'entreprise, individu ou société, à choisir... l'emplacement où il a installé son entreprise » (3). En développant dans certaines régions les infrastructures matérielles, humaines et intellectuelles, et les équipements collectifs nécessaires à la vie industrielle et en recherchant avec la firme l'implantation la plus efficace, l'Etat peut orienter la localisation des entreprises. Le fait que l'Etat puisse être amené à éclairer le chef d'entreprise sur le choix d'un lieu d'installation ne doit pas surprendre. L'environnement industriel dans une région déterminée n'est pas un donné intangible. Le fait même qu'une entreprise choisisse de s'installer dans cette zone modifie l'environnement. Chaque firme a en effet une influence sur l'industrialisation d'une région, et suscite des évolutions sociales : migration de population et urbanisation par exemple. D'autre part, la productivité des entreprises d'une zone peut s'accroître par une meilleure distribution géographique des activités liées (4). De même que l'Etat en donnant dans le Plan national une image globale des possibilités de croissance, a fait pénétrer la perspective du développement dans la mentalité industrielle (5), de même l'information sur la localisation peut-elle éclairer les évolutions induites, les économies externes et les perspectives de croissance, qui orienteront la décision d'installation. D'une façon plus générale, l'information économique est une technique essentielle d'intervention sectorielle.

§ 4. — L'INFORMATION INDUSTRIELLE

Comme l'assistance financière, l'information permet d'atteindre tous les objectifs finaux de la politique industrielle. Encore faut-il que ces objectifs soient ceux que se serait fixé le chef d'entreprise, s'il avait connu les données économiques qu'éclairent les techniques d'informa-

(1) Pour plus de détails cf. « Les enquêtes sur les éléments moteurs et les éléments freins de la décentralisation industrielle », *Revue économique*, septembre 1968, n° 5, p. 819.

(2) Comité de développement industriel.

(3) A. A. BERLE, *La réorganisation de l'économie américaine*, p. 38.

(4) L. STOLERU, *L'impératif industriel*, p. 231.

(5) C. GRUSON, *Origine et espoirs de la planification française*, p. 222 et 237.

tion. L'Etat ne peut donc utiliser ces méthodes au profit de n'importe quelle politique industrielle : les objectifs finaux doivent permettre la meilleure compétitivité à moyen et long terme des entreprises.

Le choix d'une production, la détermination de son volume comme la décision d'installation dépendent d'une étude globale des perspectives de développement de l'économie nationale ou régionale, nous l'avons vu. La motivation des chefs d'entreprise est influencée par ces études de marché qui dépassent l'échelle de la firme (1). Cet effort d'information est même considéré par eux comme indispensable (2).

Ce sont également les possibilités futures d'exploitation qui amènent les chefs d'entreprise à développer certaines techniques nouvelles. L'information leur permet d'exercer un choix plus sûr. Il en est exactement de même pour l'information sur l'évolution des marchés extérieurs et les conditions de vente à l'étranger : elle peut développer les exportations.

Enfin, au plan des structures et des méthodes de gestion, on a remarqué qu'une comparaison entre la situation des branches de production avec celles des concurrents étrangers peut conduire les firmes à réformer leur organisation. Par une information comparative sur la dimension et les structures des entreprises, leurs modes de financement et de gestion, le fonctionnement et l'organisation des marchés en France et à l'étranger, l'Etat peut susciter une décision de réforme des méthodes de gestion ou des structures des firmes françaises (3).

Conclusion

L'Etat dispose d'une panoplie impressionnante de techniques non impératives pour orienter l'activité économique lorsque le marché ne suffit pas à en éclairer les choix. Pour atteindre un objectif déterminé de sa politique industrielle, il peut utiliser une combinaison de ces techniques. A titre d'exemple, nous avons dressé le schéma ci-contre * pour montrer les moyens dont dispose l'Etat afin d'orienter la localisation des entreprises. Des analyses similaires pourraient être effectuées

(1) Cf. en ce sens le Comité de développement industriel remarque que « l'interaction grandissante entre branches empêche l'entreprise de définir son avenir sans référence à celui des branches voisines : la sidérurgie doit connaître le coût futur des transports, les transports doivent connaître la localisation de la sidérurgie pour prévoir leurs trafics, l'aluminium est lié à l'électricité, la chimie au pétrole, etc. L'idée directrice de la planification est d'intégrer l'ensemble de ces effets d'interdépendance en étendant à l'économie tout entière, par une vaste concertation, le souci d'étude de marché de l'entreprise. Le Plan est à la fois un « réducteur d'incertitude » et un « catalyseur de cohérence » en organisant la confrontation des prévisions et des décisions du secteur privé suivant une procédure publique et en aidant ainsi l'entreprise dans sa recherche des voies possibles de création de valeur ajoutée nouvelle », Comité de développement industriel. Rapport précité, p. 55.

(2) « Forme et méthodes d'un Plan national dans un système d'économie de marché », C.N.P.F., octobre 1967, p. 16.

(3) Rapport de la commission de l'économie générale, groupe de l'équilibre, séance du 15 février 1965, V^e Plan, Doc. franç., Annexes III.

pour tous les autres objectifs de la politique industrielle, ce qui permettrait de s'assurer de la cohérence des moyens employés. Cependant, l'importance relative des différentes techniques dépend de la réaction des entreprises à chacune d'elles. C'est dire qu'une action efficace suppose une connaissance précise de la psychologie industrielle du secteur au moment de l'intervention. Le raisonnement permet de déterminer les objectifs intermédiaires et de les mettre en relation avec les techniques d'une part, les objectifs finaux d'autre part. C'est ce que nous avons tenté de faire dans ce chapitre. Mais la logique ne permet pas de mesurer avec précision l'efficacité de ces objectifs intermédiaires au regard des objectifs finaux. Seules des enquêtes menées auprès des entreprises peuvent indiquer cet impact et permettre ainsi de choisir les techniques susceptibles de développer la compétitivité au moindre frais pour l'Etat (1). On peut supposer cependant que les incitations qui interviennent sur les décisions de longue portée, sur l'environnement des entreprises ont une plus forte influence que les incitations immédiates qui offrent un avantage financier à court et moyen terme. Il conviendrait, par conséquent, de préciser les limites de l'efficacité de ces incitations immédiates et les conditions de leur emploi.

Les formes d'intervention paraissent très dissemblables. Cependant, on peut classer deux catégories d'intervention : les techniques incitatives et les techniques directives (2). Par les premières, l'Etat suscite une activité jugée souhaitable sans demander à la firme un engagement précis en contrepartie. Les secondes organisent des obligations à la charge de l'entreprise, qu'elle devra exécuter sous peine de sanctions comme par exemple le retrait du régime de faveur.

Mais la firme reste libre de refuser l'offre qui lui est faite. « Sans contrainte juridique, sans porter directement atteinte à l'initiative privée, à la liberté contractuelle ou à l'autonomie de la volonté, le législateur essaie de déterminer les individus à vouloir ce que voudrait la politique économique de l'Etat » (1). L'efficacité de ces techniques directives dépend de leur degré de persuasion, de leur force impulsive et déterminante. Elles reposent sur la volonté : si les entreprises acceptent l'offre qui leur est faite, elles sont liées par leur propre volonté. Ce mécanisme évoque celui du contrat.

Les termes de « contrat », de « convention » ou d'« accord » sont du reste employés à des fins diverses pour désigner des méthodes d'interventionnisme économique où les intéressés entrent en contact avec les pouvoirs publics pour obtenir un régime particulier en échange duquel ils assument un certain nombre d'obligations. Dans bien des

(1) « Plus généralement, une analyse psychosociologique pourrait mettre en valeur les facteurs d'adhésion ou inversement les points de friction, les sources d'opposition qui caractérisent la planification française. Bien sûr, une réponse définitive et entière à ces questions exigera de nombreuses enquêtes et travaux d'équipes, tels ceux déjà entrepris par le Centre de recherche de sociologie des organisations », J. P. COURTHEOUX, in « Problèmes sociologiques d'une planification indicative », *Revue économique*, n° 5, sept. 1968. M. COURTHEOUX entreprend du reste une étude de ces facteurs dans cet article.

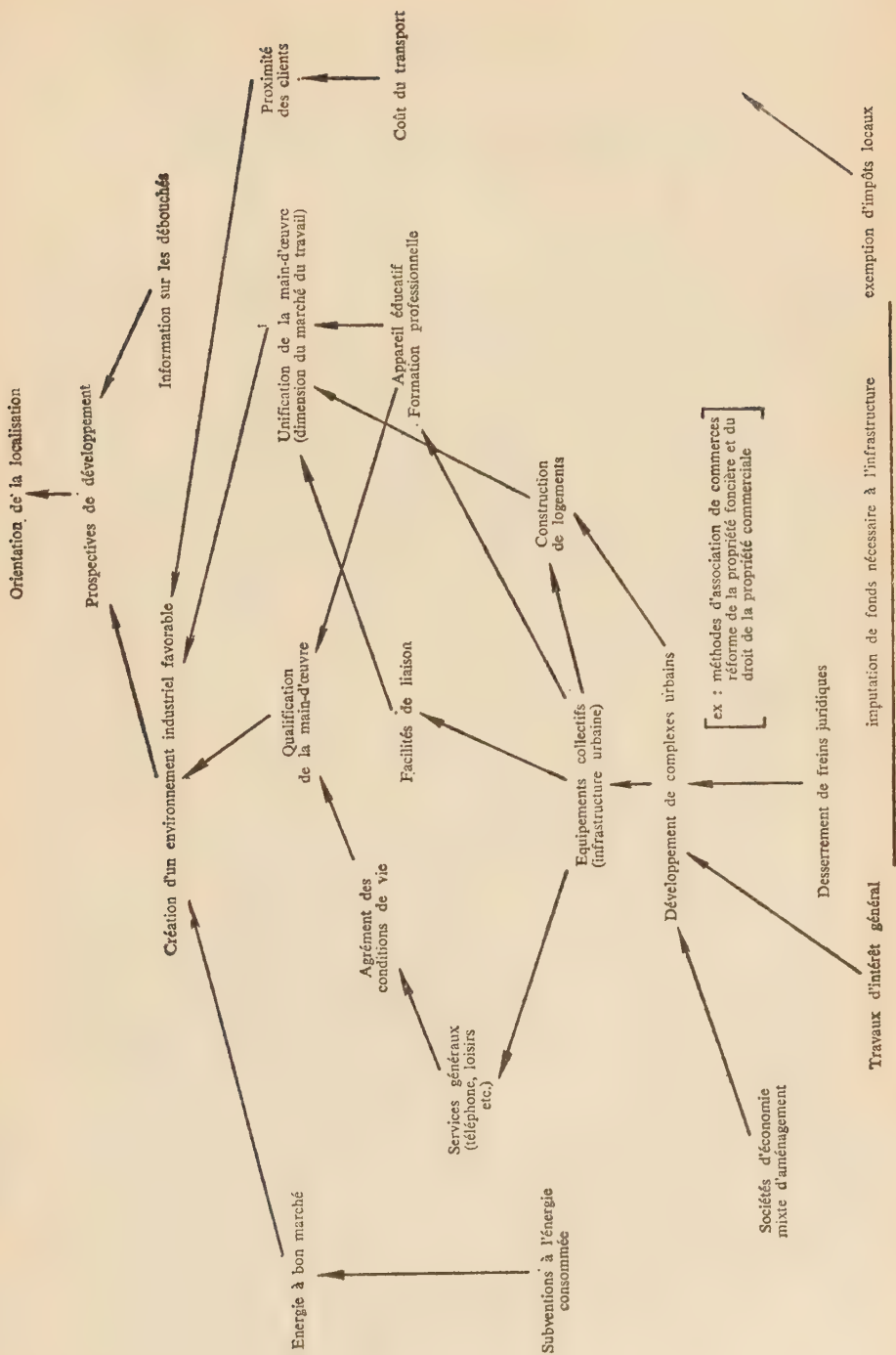
(2) Cf. *supra*, p. 9-10.

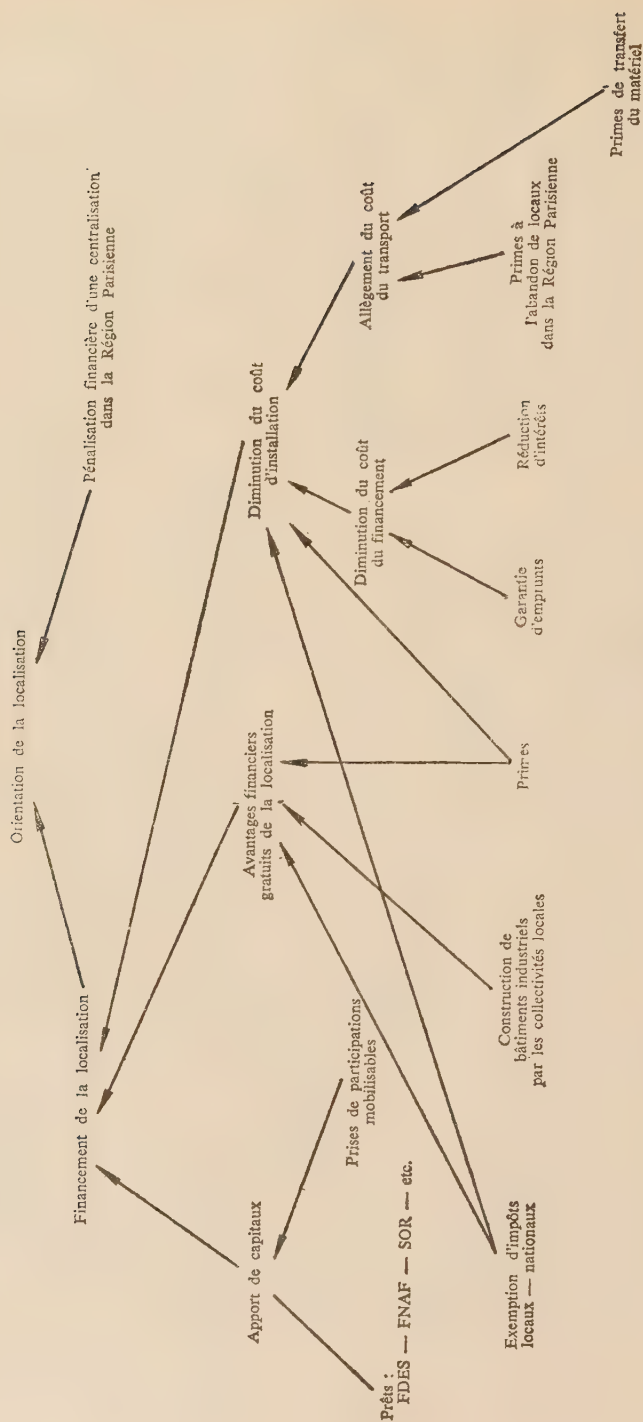
cas, les concertations entre les entreprises et l'administration donnent naissance à des situations contractuelles, des échanges d'obligations qui résultent de la volonté des partenaires et non pas du pouvoir de décision unilatérale dont dispose l'administration. Dans tous les cas, le régime juridique de ces techniques est mal précisé, ce qui permet à l'administration, à la fois juge et partie, de faire prévaloir sa volonté sans trop se soucier des nécessités d'une gestion rationnelle. Au pire, ce pouvoir souverain dont ils disposent pourrait inciter certains fonctionnaires à en abuser pour favoriser certaines entreprises au détriment des compétiteurs. Le régime de ces techniques directives doit être précisé, non pas tant dans l'optique de contestations éventuelles, mais plutôt pour limiter le pouvoir de l'administration, garantir aux entreprises le maintien d'un environnement compatible avec une saine gestion tout en permettant de faire passer dans les faits les besoins de l'intérêt général tels qu'ils sont définis dans la planification nationale. Le régime contractuel de droit commun fournit un modèle à partir duquel on pourrait élaborer un régime juridique détaillé s'appliquant à ces techniques.

Encore faut-il que la situation créée par les accords entre l'administration et les entreprises soit bien de nature contractuelle. Autrement, l'habit juridique que l'on veut lui donner ne sera qu'un appareil ne correspondant pas aux besoins réels. Parmi la palette d'interventions dont dispose l'administration pour mettre en œuvre sa politique industrielle nous avons retenu trois techniques qui sont contractuelles au moins de nom : les contrats fiscaux, les contrats d'aide financière et les techniques contractuelles de réglementation des prix. Nous montrerons que la qualification contractuelle convient tout à fait aux contrats fiscaux et aux aides financières mais que les différentes techniques conventionnelles utilisées pour réglementer les prix ne peuvent pas être qualifiées de contrats. La première partie de cette étude, consacrée aux contrats fiscaux, est la plus importante (Titre I). Elle prétend montrer que dans une matière où l'Etat utilise habituellement ses attributs de puissance publique, la notion contractuelle présente l'avantage indispensable, dans une économie de marché, d'instaurer une certaine égalité entre les pouvoirs publics et les entreprises. De surcroît, les quelques textes épars hâtivement rédigés sous la pression des circonstances s'intègrent remarquablement bien dans le régime contractuel. La deuxième partie est consacrée aux aides financières (Titre II). Le régime actuel de ces aides est très semblable au régime contractuel de droit commun en ce qui concerne la création de liens entre les pouvoirs publics et les entreprises. Mais l'exécution des obligations économiques n'est pas soumise à un régime bien précisé. Enfin, la troisième partie est consacrée au régime dit conventionnel de détermination des prix (Titre III). Nous nous attacherons à montrer qu'en dépit du vocabulaire officiel, les relations entre les entreprises et les pouvoirs publics en matière de prix n'ont que peu de rapport avec un contrat.

(1) M. KHALIL, thèse précitée, p. 75, n° 87.

* Schéma II





* Schéma II (suite)

TITRE I

LES CONTRATS FISCAUX

Les contrats fiscaux sont des accords entre l'Etat et les entreprises par lesquels le premier s'engage à faire bénéficier la seconde d'un régime fiscal de faveur en contrepartie d'un comportement économique qu'elle s'oblige à adopter. L'engagement de l'Etat prend en général la forme d'un agrément. La présence de cet acte administratif dans la procédure d'octroi d'un avantage fiscal a conduit nombre d'auteurs à douter de la nature contractuelle du mécanisme. Cette critique est importante pour la qualification des techniques directives, car le contrat fiscal en apparaît comme le droit commun (1). En tout cas, il constitue le mécanisme le mieux « rodé » (2). De surcroît, la tentative de qualification entraîne des conséquences sur le régime applicable à l'octroi d'allègements fiscaux. On pourrait douter de cet intérêt en raison de l'autonomie du droit fiscal. Ce principe permet en effet d'utiliser en droit fiscal des catégories différentes de celle du droit commun. Même dans ce cas, une comparaison ne serait pas inutile entre le régime des contrats fiscaux et le droit commun contractuel, pour suggérer les réformes législatives qui permettraient de clarifier et compléter la réglementation d'une technique qui fonctionne comme un contrat. Mais on peut soutenir que les contrats fiscaux ne se rattachent que de façon indirecte au droit fiscal. Ce qui peut sembler n'être qu'un paradoxe décrit pourtant bien la réalité : par la conclusion de contrats fiscaux, l'Etat ne cherche pas à alimenter son budget mais à orienter l'économie nationale. Ce qui est important pour l'administration, ce n'est pas le régime fiscal qu'elle octroie, mais le comportement qu'elle attend de l'entreprise. En définitive l'administration ne recherche pas tant à percevoir un impôt qu'à ne pas le percevoir de façon à orienter l'activité industrielle. Les contrats fiscaux ne relèvent pas du droit fiscal mais du droit économique. Cela explique du reste que l'Etat puisse prétendre conclure des contrats en cette matière, alors que le droit fiscal l'interdit.

Encore faut-il montrer que les « contrats » fiscaux sont de nature contractuelle (Sous-titre I) pour mener l'analyse de leur régime comme on le fait ordinairement du contrat (Sous-titre II). Cette analyse mettra ainsi en évidence un certain nombre de lacunes ; le droit commun régit en effet des problèmes que les textes applicables aux contrats fiscaux négligent complètement. Pourtant, les difficultés s'élèvent de façon identique en droit commun contractuel et en matière de contrats fiscaux qui recouvrent la même réalité.

(1) Revue *Perspectives*, 3 juin 1967.

(2) En concurrence avec les aides financières.

SOUS-TITRE I

LA QUALIFICATION DES TECHNIQUES DIRECTIVES FISCALES

La nature juridique de ce que l'on appelle les « contrats fiscaux » donne lieu à deux analyses doctrinales opposées.

Certains auteurs dénie toute nature contractuelle à cette technique d'intervention. Ainsi MM. Graindorge et Lanchon soutiennent « qu'en effet contre toute apparence, il n'y a pas d'obligations réciproques entre les contractants. L'entreprise s'engage à réaliser un programme d'investissements, obligation réelle, alors que l'administration ne s'engage à rien d'autre qu'à appliquer la loi à des entreprises dont elle vérifie simplement, et elle a toute liberté pour le faire, si elles remplissent ou non les conditions posées par la législation elle-même pour pouvoir bénéficier d'un régime fiscal »... « C'est une fiscalité conditionnelle et non contractuelle. »

« L'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire et n'a pas à motiver ses décisions de refuser ou de dénoncer un agrément fiscal... » « En définitive, on peut dire que *l'arrêté, la convention ou la décision d'agrément sont des actes discrétionnaires, unilatéraux par lesquels l'administration décide d'appliquer un régime fiscal de faveur déterminé par la loi à une entreprise* » (1) A. de Laubadère abonde en ce sens (2) : « les contrats fiscaux... ne paraissent contractuels que de nom ; la reconnaissance de l'exonération fiscale résulte d'un acte condition, l'agrément, donné par l'administration qui admet le postulant à bénéficier d'un régime légal ».

« Juridiquement, les contrats fiscaux ne sont pas de véritables contrats (3) et c'est la démonstration que fait G. Timsit dans sa chronique au Dalloz (4). Certains auteurs sont d'un avis diamétralement opposé. » La technique réglementaire évince la technique contractuelle mais en la forme seulement car dans la réalité l'octroi de la garantie, de la subvention, de l'avantage fiscal n'intervient qu'après une négociation qui, de bout en bout, est de type contractuel » (5). « Le procédé du contrat traduit si bien l'esprit de l'administration et de ses inter-

(1) « Les agréments fiscaux », in *Futuribles*, janv. 1968, p. 37.

(2) *Traité de droit administratif*, T. III, p. 536.

(3) *Perspectives*, « Une nouvelle technique d'intervention : le contrat fiscal », 22 janvier 1966.

(4) D. 1965, Chron., p. 120.

(5) M. VASSEUR, *Un nouvel essor du concept contractuel*, p. 35, n° 23.

locuteurs, qu'en un cas, le plus inattendu, lorsqu'il s'agit non plus de l'attribution d'un ensemble d'aides comme au cas de « quasi-contrats » mais de l'octroi d'un avantage fiscal, le procédé du contrat tend à prendre place » (1).

« L'existence de vrais contrats entre l'administration et les entreprises bénéficiant de son aide ne soulève pas de doute. Il en est ainsi tout d'abord à propos des aménagements fiscaux » (2).

Si, à propos des quasi-contrats, Francine Batailler note qu'ils n'ont rien de conventionnels, elle précise que la lettre d'agrément est, elle, un contrat (3) et paraît ainsi reconnaître la nature contractuelle à notre mécanisme. En fait, l'analyse, si elle se limite à l'agrément fiscal, n'est pas très concluante, et c'est l'examen de la situation résultant du contrat fiscal qui permet d'opérer la qualification (Section II). Mais la présence d'un agrément dans notre mécanisme peut paraître incompatible avec l'analyse contractuelle (Section I).

Section I. — L'agrément fiscal

Les tenants de la thèse non contractuelle remarquent que les avantages que peut accorder l'administration sont déterminés par la loi le plus souvent, ou parfois même par décrets (4). L'administration, disent-ils, se contente de vérifier que les entreprises remplissent les conditions posées par la législation et dans l'affirmative applique cette législation. Il n'y a là rien de contractuel, et l'agrément donné par l'administration n'est qu'un acte condition, nécessaire à l'application du régime fiscal.

L'autre analyse met en évidence la liberté dont dispose l'administration pour octroyer ou refuser l'agrément. La décision qu'elle prendra intervient après une négociation de type contractuel. Et surtout l'octroi d'un statut fiscal avantageux n'est que la contrepartie d'engagements de l'entreprise « qui fait plaisir à l'administration ». Ce mécanisme ne peut pas ne pas faire penser à la convention.

Il est vrai que l'administration en matière fiscale ne peut octroyer un régime privilégié à une entreprise que dans la mesure où un texte législatif l'y autorise. Bien plus, les avantages fiscaux qu'elle peut accorder sont eux-mêmes limités par la loi. Mais les pouvoirs publics ne se contentent pas de constater qu'une entreprise qui a fait la demande d'un statut fiscal privilégié satisfait aux conditions posées par la loi (§ 1). Ils disposent d'une certaine « autonomie de volonté » qui rappelle la situation contractuelle. Et la présence d'un agrément dans

(1) M. VASSEUR, *Un nouvel essor du concept contractuel*, n° 24, p. 36.

(2) M. KHALIL, thèse, n° 109, p. 90.

(3) F. BATAILLER, *Revue de sciences financières*, 1964, p. 367.

(4) Cf. par exemple décret 30 juin 1955 ; du 29 août 1957 ; du 22 avril 1960 ; et surtout le décret du 21 mai 1964 sur l'aide au développement régional.

le mécanisme n'est pas dirimante car l'agrément fiscal est d'une nature différente de l'agrément administratif (§ 2).

§ 1. — LES CONDITIONS D'OCTROI D'UN AGRÉMENT FISCAL

Lorsqu'elle délivre un agrément fiscal, l'administration ne se limite pas à appliquer simplement la loi (I) ; elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire dont il convient d'apprécier la teneur (II).

I. — L'octroi d'un agrément fiscal n'est pas que la simple application de la loi aux entreprises qui remplissent les conditions posées par la législation. L'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation qui lui est propre ; elle peut librement refuser l'agrément à des entreprises qui remplissent pourtant les conditions pour obtenir une exonération fiscale. L'administration a même le pouvoir de subordonner l'agrément à des conditions non prévues par les textes.

Les règles qui prévoient la possibilité d'exonération organisent un cadre légal indicatif (1), elles ne fournissent pas une réglementation dont l'administration se contenterait de vérifier cas par cas l'applicabilité. La différence entre la procédure par laquelle l'administration contrôle que les entreprises remplissent les conditions prévues par la législation et celle qui lui confère un pouvoir propre d'appréciation, est très apparente dans l'évolution du régime d'exonérations à la suite d'augmentation du capital.

Le décret précité du 29 août 1957 octroyait une exonération de l'impôt sur les bénéfices versés aux actions nouvelles émises à la suite d'une augmentation de capital. Seules pouvaient en profiter les sociétés dont le programme d'investissement était agréé par l'administration. Cette procédure est désormais caduque ; la loi du 12 juillet 1965 a réformé le régime d'imposition des valeurs mobilières et étendu cette exonération à toute augmentation de capital. Il y a entre les deux réglementations la différence de l'agrément fiscal au simple contrôle de régularité.

En effet, l'acte par lequel l'administration constate dans la procédure nouvelle que la société a augmenté son capital est un contrôle de régularité : l'administration ne fait que constater que la société entre dans le domaine d'application de la loi du 12 juillet 1965 et lui applique le régime que prévoit ce texte. La réglementation antérieure conférait à l'administration un pouvoir propre d'appréciation. Le décret de 1957 déterminait de façon large les catégories de sociétés qui pouvaient profiter des dispositions qu'il édictait. L'objectif de ce texte n'était pourtant pas d'octroyer un statut fiscal favorable à toutes les sociétés ayant augmenté leur capital, même si elles entraient dans les catégories qu'il énumérait. L'administration devait effectuer un choix parmi les entreprises répondant à des conditions minima. Ce décret donnait compétence à l'administration pour sélec-

(1) *Supra*, p. 21.

tionner les sociétés qui bénéficieraient de ce régime. Elle recevait capacité d'octroyer un régime fiscal favorable de façon discrétionnaire, à certaines sociétés appartenant aux catégories très larges déterminées par la législation. Mieux encore, l'administration pouvait octroyer le régime fiscal de façon limitée ou à condition que le bénéficiaire s'engage à exécuter des obligations qu'elle édictait. Les décisions prises par l'exécutif dans son domaine de capacité se manifestaient sous la forme d'agréments fiscaux.

Le décret de 1957 prévoyait la possibilité de conclure des contrats fiscaux avec certaines entreprises ayant augmenté leur capital. En octroyant un agrément, l'administration ne se limitait pas à vérifier si les entreprises qui en faisaient la demande avaient augmenté leur capital. Elle disposait d'un pouvoir d'appréciation fondé sur l'opportunité économique de l'opération projetée et pouvait refuser l'agrément à des sociétés entrant dans le cadre des dispositions du décret. Elle se donnait également le pouvoir de soumettre l'octroi d'agrément à des conditions supplémentaires.

Au contraire, sous le régime de la loi du 12 juillet 1965, l'administration se contente désormais de contrôler que les entreprises remplissent les conditions du texte pour obtenir l'application du régime fiscal qu'il prévoit. Ce n'est plus un contrat fiscal mais seulement un contrôle de régularité par lequel l'administration applique un régime fiscal de faveur déterminé par la loi aux entreprises visées par le texte. Le contrat fiscal organisé par le décret de 1957 est différent du contrôle de régularité de la loi de 1965.

Un autre exemple résulte de la nouvelle politique que l'on a appelé de l'« affichage » en matière d'aménagement du territoire. Les décrets du 21 mai 1964 qui instituent une carte des zones d'allégements fiscaux permettent à l'industriel qui s'installe en province de savoir à l'avance, suivant la zone d'implantation, la nature des allégements fiscaux auxquels il peut prétendre. De plus, l'article 17 de la loi n° 69 — 1168 du 26 décembre 1969 prévoit que des arrêtés du ministre de l'Economie et des finances, pris après avis du conseil de direction du F.D.E.S., peuvent définir, compte tenu de l'importance, de la nature, ou du lieu d'exercice des activités considérées, les conditions des agréments auxquels les exonérations fiscales sont attachées en vertu des dispositions législatives ou réglementaires (1). La firme remplissant les conditions prévues par ces textes n'est pourtant pas assurée de bénéficier du régime fiscal favorable. L'octroi de l'agrément fiscal est en effet subordonné à l'agrément du ministre des Finances qui dispose d'un pouvoir propre d'appréciation. On ne peut pas dire que les contrats fiscaux visant à modifier la localisation des entreprises soient des actes pour lesquels l'administration se contente d'appliquer la loi à des entreprises, dont elle vérifie simplement si elles remplissent ou non les conditions posées par la législation elle-même pour bénéficier du régime fiscal.

(1) Un arrêté a été pris en application de ce texte le 28 mai 1970 (*J.O.* 18 juin 1970) et modifié par l'arrêté du 10 août 1971 (*J.O.* 21 août 1971).

L'agrément n'opère pas un simple contrôle de régularité. Après en avoir donné une preuve directe fondée sur l'analyse des textes qui en prévoient le régime, nous en donnerons une « preuve par l'absurde ». Si l'agrément fiscal n'était que la vérification de ce que l'entreprise remplit les conditions du texte, il ferait double emploi avec les obligations de l'administration lorsqu'elle applique une règle de droit. Quel que soit le texte dont elle assure l'exécution, l'administration doit s'assurer que le régime légal est bien appliqué aux seules personnes qu'il désigne. L'exigence d'un agrément n'ajouterait rien à l'obligation dont elle est tenue, qui est de n'appliquer une règle qu'aux situations incluses virtuellement dans le domaine d'application. Donc, l'agrément ne constitue pas seulement un contrôle de régularité. Le régime fiscal de faveur n'est applicable qu'aux seuls sujets de droit que désignent les textes qui l'instaurent, il ne l'est pas à tous. Mais ce n'est pas suffisant. Seules les entreprises ayant obtenu un agrément fiscal, qui ont ainsi non seulement satisfait aux conditions que pose le texte mais ont aussi su faire plaisir à l'administration, peuvent bénéficier d'un régime de faveur. Pour octroyer cet agrément l'administration a tout pouvoir. Si l'agrément est un acte conditionnel, il ne peut se ramener au simple contrôle de régularité, ou il est alors totalement inutile.

II. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration

L'instruction du 17 juin 1964 relative au champ d'application et aux procédures d'octroi des allègements fiscaux prévus en faveur du développement régional et de l'amélioration des structures des entreprises (1) donne une idée sur la liberté de l'administration lorsqu'elle octroie l'agrément. On peut y lire en effet, en ce qui concerne la réduction du droit de mutation, que « l'article 2 du décret du 21 mai 1964 étant conçu en termes très généraux, l'agrément peut être assorti d'obligations ou de restrictions. Les obligations peuvent concerner notamment la réalisation dans un certain délai de l'opération en vue de laquelle l'agrément est demandé, la création d'un nombre d'emplois déterminé, les modalités d'utilisation des biens acquis par l'entreprise et des locaux qu'elle abandonne par ailleurs, etc. » (art. 15). Il en est de même pour l'exonération de la patente (art. 29) et pour l'amortissement exceptionnel de 25 % des constructions nouvelles (art. 50). Certes, l'instruction de la demande doit vérifier que l'intéressé a fourni des indications sincères, et que sa situation fiscale est correcte. « Le bénéfice de l'agrément ne saurait, en effet, être accordé aux entreprises n'ayant pas satisfait à leurs obligations fiscales ou convaincues, depuis une période récente, de fraudes fiscales caractérisées » (art. 21, 40 et 59). Et l'on approuvera sur ce point M. Timsit qui souligne que l'instruction de la demande permet de vérifier que l'entreprise « remplit les conditions posées par la législation elle-même pour pouvoir bénéficier de ce régime fiscal » (2). Mais l'agrément

(1) J. O. du 24 juin 1964.

(2) D. 1965 — Chron., p. 120, précité.

manifeste quelque chose de plus : l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation qui n'est limité par aucune directive du texte. De surcroît, elle peut subordonner l'application du régime de faveur à l'exécution par l'entreprise d'obligations précisées dans l'agrément. Ces obligations ne résultent d'aucun texte antérieur, elles sont déterminées de façon discrétionnaire par l'administration dans l'agrément. En conclusion, l'on peut dire que l'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour accorder ou refuser un régime fiscal de faveur ; elle peut subordonner l'octroi de ce régime à une série d'obligations qu'elle détermine. Les textes organisant le régime fiscal ne sont pas suffisamment précis pour fournir sur ce point des directives d'action pour l'administration. Ils ne font que circonscrire la liberté des pouvoirs publics qui disposent d'un pouvoir discrétionnaire à l'intérieur des limites que posent les textes.

Ce pouvoir discrétionnaire de l'administration ne rend pas compte de toutes les particularités de l'agrément fiscal qui se distingue nettement de l'agrément administratif.

§ 2. — AGRÉMENT FISCAL ET AGRÉMENT ADMINISTRATIF

En première analyse, il semble bien que l'agrément fiscal ne soit qu'un agrément administratif de nature particulière. Les effets qu'entraîne l'agrément sont les mêmes en droit commun et dans la matière des contrats fiscaux. L'effet principal de notre technique est de faire respecter par l'entreprise certains objectifs de la politique industrielle de l'Etat : c'est un procédé d'action économique sur les firmes privées. De même « l'agrément administratif apparaît dans de multiples branches d'activité comme un instrument utilisé par l'Etat pour exercer son emprise. C'est un procédé d'action administrative sur des personnes privées ». Mais si l'agrément fiscal appartient à la catégorie des agréments administratifs, on doit conclure que « l'aspect contractuel fait complètement défaut » dans le premier comme dans les seconds (1).

En réalité, l'agrément fiscal ne participe pas de la nature de l'agrément administratif. De ce dernier, J. Georgel donne la définition suivante : c'est « un consentement donné par une autorité publique à une personne ou à une institution privée et permettant à celle-ci d'accomplir sous surveillance certaines activités ». Cette définition qui est le fruit d'une synthèse des diverses applications de l'agrément administratif, ne saurait viser l'agrément fiscal. Cet acte ne permet pas « à une personne privée d'exercer une activité » mais modifie les conditions d'un choix économique, incite à un comportement que la firme aurait pu spontanément avoir. Il ne manifeste pas « une soumission nécessaire de l'institution privée à l'autorité publique » car l'entreprise reste totalement indépendante pour ce qui ne relève pas

(1) J. GEORGEL, *A.J.D.A.*, 20 septembre 1962, p. 467.

de son engagement. L'agrément administratif est essentiellement le moyen par lequel l'administration désigne des collaborateurs (1). L'agrément fiscal n'a évidemment pas cette ambition. Il n'a pas pour effet d'associer une entreprise privée à une activité publique.

Les conséquences de cette différence se marquent dans ce que l'administration attend de l'agréé. Désireux d'obtenir un agrément fiscal ou administratif, « le demandeur, pour posséder quelques chances de succès, doit satisfaire à des conditions d'ordre personnel ou professionnel ou d'ordre technique ». Mais dans l'agrément administratif cette exigence vient de ce que les collaborateurs de la puissance publique doivent présenter des garanties d'ordre moral et de capacité professionnelle. Les conditions de l'agrément fiscal ne consistent pas à présenter de simples garanties : c'est le but même de l'opération pour l'administration. Elle souhaite que le demandeur se soumette à ces conditions, les unes imposées par la loi, les autres qu'elle a précisées dans l'agrément. Le statut privilégié qu'elle propose en contrepartie n'est qu'un « appât ». Le statut de l'agréé est au contraire le but de procédure d'agrément classique : ce statut d'associé de la puissance publique ne peut être octroyé qu'avec précautions.

Peut-on continuer à prétendre que l'agrément fiscal ôte tout caractère contractuel à la procédure des contrats fiscaux ? Ce n'est pas le régime de l'agrément administratif classique qui permet de le dire, si l'on admet que l'agrément fiscal est de nature différente. La qualification de notre technique fiscale ne peut pas résulter de l'analyse de l'agrément. C'est le mécanisme des contrats fiscaux qui permet de se prononcer.

Section II. — La qualification du contrat fiscal

Lorsque l'on aborde le problème de la qualification non plus par l'analyse de l'agrément qui n'est pas concluante, mais par l'étude du mécanisme fiscal tout entier, il se pose à nouveau le problème de distinguer la notion contractuelle dans des accords de volonté dont les effets sont précisés par les textes (2). C'est ce que nous ferons pour le « contrat fiscal » dans un paragraphe premier (§ 1 : La solution contractuelle). Dans un second paragraphe, nous discuterons les arguments opposés à la qualification contractuelle (§ 2 : Critique de la qualification contractuelle).

(1) J. GEORGEL, précité, p. 472.

(2) Cf. *supra*, p. 16 et s.

§ 1. — LA SOLUTION CONTRACTUELLE

La difficulté d'une qualification provient de ce qu'en matière économique, la distinction entre la situation contractuelle et réglementaire perd de sa netteté (1). Il y a en effet une filiation entre le règlement économique et le contrat d'organisation (2) économique que nous examinerons avant de « situer » le contrat fiscal entre ces deux situations.

I. La filiation entre le règlement et le contrat d'organisation économique

Le règlement administratif est composé d'une ou plusieurs règles de droit. Comme toute règle de droit, il comporte donc des effets obligatoires qui s'appliquent seulement à certaines hypothèses. L'ensemble de ces hypothèses potentielles compose le domaine d'application du règlement. Le sujet de droit qui est « le personnage de l'ordre juridique habilité à faire jouer l'effet juridique d'une règle de droit » (3) est par conséquent associé aux hypothèses formant le domaine d'application de la règle.

Si le règlement ménage un régime avantageux au profit des sujets de droit qui présentent certaines qualités et sont ainsi associés avec des hypothèses déterminées, il incite ceux dont la situation n'entre pas dans le domaine d'application de la règle, à modifier leur comportement. Après avoir modifié leurs activités, ils pourront faire jouer à leur profit l'effet juridique du règlement. On comprend ainsi que la règle de droit puisse inciter à modifier un comportement et n'impose aucune obligation par ses effets juridiques (4). Sous cette forme, elle modifie l'activité sociale non par des ordres mais par des traitements

(1) Conclusions du commissaire du gouvernement Braibant, C.E. 10 mai 1963 — R.D.P. 1963, p. 595.

(2) M. JACQUOT, thèse, p. 310. « Il semble en effet que dans ce domaine, on rencontre toute une gamme de situations qui vont de l'adhésion pure et simple à un statut préétabli, à la libre discussion du contenu de l'accord par les parties. »

De fait, la distinction entre actes unilatéraux et actes contractuels est délicate car l'octroi d'un traitement de faveur est toujours précédé d'une demande formulée par l'entreprise : la procédure suppose l'échange de deux volontés. On s'explique par conséquent que l'étude de la jurisprudence ne fournisse pas d'enseignements précis sur ce point. (D. H. SCHEUING, thèse, p. 348.)

(3) H. MOTULSKY, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », Sirey, 1948, p. 19.

(4) Comme l'a écrit J. RIVERO (*Revue économique*, 1962, p. 894), « l'acte réglementaire le plus souvent vise des situations déjà existantes dans la réalité, pour leur apporter des modifications... Ici le règlement vise des catégories futures qu'il appelle en quelque sorte à l'existence : " toutes les entreprises qui s'implantent dans cette zone auront droit à " ; de plus le règlement s'attache fréquemment à des comportements nécessaires en fait sinon en droit ; à l'inverse le règlement d'incitation vise des comportements libres : pour reprendre l'exemple précédent, la création d'un statut privilégié pour les entreprises choisissant de s'implanter en Bretagne, n'en engage aucune. Le règlement d'incitation propose un statut, il ne l'impose pas ».

de faveur. Ce qui intéresse l'Etat ce sont les comportements que devront suivre les sujets de droit pour bénéficier du statut privilégié et non le statut qu'il propose. Le régime privilégié sert seulement d'appât. Ces règles de droit ne sont pas obligatoires ni sanctionnées par l'autorité publique. Elles n'interdisent pas, elles n'imposent rien ; bien au contraire, elles proposent et ne comportent aucune sanction. La législation nataliste, par exemple, n'impose pas aux ménages français de donner le jour à de nombreux enfants. S'ils le font, ils profiteront d'avantages divers. Ainsi conçue, la règle de droit est une technique de gestion sociale incitative. Elle joue un rôle important en droit économique. On a déjà cité l'exemple de la législation fiscale applicable aux groupements d'intérêt économique. L'inconvénient de ces techniques incitatives résulte de ce que l'application du statut favorable est automatique : tous ceux qui remplissent les conditions qu'énonce la règle ont droit à en bénéficier. On peut espérer que les intéressés modifieront leurs projets de façon que le traitement de faveur leur soit applicable. Mais on peut craindre que certains s'ingénient à frauder la loi ou même, s'ils sont de bonne foi, que leur nouveau comportement ne soit pas compatible avec les objectifs de l'Etat : le législateur ne saurait penser à toutes les hypothèses qui composent le domaine d'application de la règle, et certaines d'entre elles peuvent contredire les buts qu'il s'était fixé.

Pour supprimer les inconvénients d'une application automatique, l'administration a parfois le pouvoir d'apprécier cas par cas si le programme d'activité qui traduit le changement de comportement de l'intéressé est conforme aux objectifs de l'Etat. Elle dispose du pouvoir discrétionnaire d'octroyer ou refuser le régime préférentiel aux sujets de droit qui ont modifié leur programme de façon à entrer dans le domaine d'application de la règle. Si elle estime que le programme s'intègre dans les objectifs de la politique industrielle de l'Etat, elle s'engagera à appliquer le régime favorable dès qu'il aura été réalisé. Dans l'immédiat l'administration n'assume aucune obligation. L'intéressé non plus du reste, qui peut fort bien renoncer à son programme après que l'administration l'ait agréé. Mais dès la réalisation des opérations projetées, il acquiert un droit à bénéficier du régime promis. L'application du statut de faveur est simplement conditionnelle.

L'administration peut aussi ne pas se limiter à agréer le programme ou le rejeter. Elle a le pouvoir de stipuler des obligations à la charge de son interlocuteur en plus des conditions auxquelles il doit satisfaire. C'est la raison pour laquelle la demande d'un régime de faveur doit en général être antérieure à l'opération projetée qui y donne droit. Si l'administration stipule de telles obligations et que l'entreprise les accepte, l'application du statut sera subordonnée à l'exécution de ces engagements supplémentaires. Ces obligations sont interdépendantes (1).

(1) Cf. sur la distinction entre ces deux situations, l'avis du Conseil d'Etat du 4 novembre 1959 qui séparait les « engagements que l'entreprise a souscrits de son propre mouvement » et ceux qu'elle a souscrits « à la demande de l'administration ».

Enfin, les conditions préalables à l'obtention du statut peuvent être réduites ; l'Etat, dans ce cas, entend modifier les comportements spontanés, non en affichant les conditions à remplir pour obtenir le bénéfice d'un régime favorable, mais en incitant, par l'offre de certains avantages, les intéressés à prendre certains engagements, certains comportements, qu'il juge souhaitables et qu'il détermine souvent en accord avec eux.

En définitive, nous pouvons dégager quatre modèles dans les techniques d'intervention de l'Etat par octroi d'avantages : le premier modèle est celui d'une application automatique d'un statut privilégié par une loi ou un règlement aux conditions qu'ils déterminent. Le second regroupe les applications d'un statut aux opérations agréées par l'administration. Le troisième modèle soumet l'octroi d'un régime de faveur à certains engagements que prend l'entreprise. Le quatrième enfin est celui d'une détermination cas par cas des engagements de l'entreprise et de l'Etat à l'intérieur d'un cadre légal d'habilitation au contenu très large. Les deux modèles extrêmes peuvent être aisément qualifiés. La dernière hypothèse envisagée est une situation contractuelle. Des obligations naissent à la charge de l'administration et de l'entreprise, d'un accord de volonté entre elles. La première technique est au contraire purement unilatérale ; il s'agit d'une loi ou d'un règlement incitatif, selon l'autorité qui en est l'auteur.

La qualification des deux modèles intermédiaires est plus incertaine. La troisième hypothèse envisagée revêt les caractères d'un contrat. L'Etat octroie en effet un régime de faveur aux entreprises qui d'une part présentent un programme cohérent avec les objectifs économiques et, d'autre part, qui acceptent certaines obligations stipulées par l'administration. Mais on pourrait aussi bien voir dans ce modèle une décision exécutoire sollicitée par l'entreprise et qui fait naître à son endroit des obligations et des droits.

Le contenu des obligations assumées par l'entreprise permet d'opérer une distinction. Si les engagements de l'entreprise ne sont pas de ceux qui peuvent lui être unilatéralement imposés, on doit conclure qu'ils ont été acceptés par la firme. Puisqu'en l'état de notre droit, l'administration n'a pas le pouvoir d'imposer aux entreprises un programme de production ou d'investissements, l'on est bien obligé de constater que l'obligation d'investir ou de produire une catégorie déterminée de biens, souscrit en contrepartie de l'octroi d'un régime favorable, tire son existence d'un accord de volonté. Ou alors, on doit conclure à la nullité absolue de l'acte unilatéral qui impose de telles obligations. Mais l'analyse du contenu des obligations ne nous permet pas de qualifier le mécanisme utilisé, si les engagements qui pèsent sur la firme étaient de ceux que l'on aurait pu lui imposer par décision exécutoire. Car on ne peut alors dire si ces obligations sont contractuelles ou si elles naissent d'un acte administratif unilatéral.

L'analyse du deuxième modèle examiné plus haut aboutit à la même incertitude. L'analyse contractuelle est certes valable. L'administration qui s'engage à appliquer le régime de faveur dès l'exécution du programme économique qu'elle a agréé manifeste son consentement. La firme qui n'a à ce moment aucun droit et n'est soumise à

aucune obligation, manifeste sa volonté d'obtenir le traitement préférentiel en réalisant point par point le programme agréé. Le modèle d'intervention résulte donc d'un échange de volontés et donne naissance à une obligation qui pèse sur l'administration : c'est un contrat unilatéral. Mais on peut aussi valablement le qualifier de décision exécutoire sollicitée par un administré.

Le choix est en logique pure impossible à ce stade du raisonnement. Qu'il s'agisse du troisième modèle lorsque les obligations de l'entreprise peuvent résulter d'une décision administrative unilatérale, ou du second modèle, la qualification contractuelle ou l'assimilation à une décision exécutoire sollicitée sont valables. Il faut aller plus loin dans l'examen de ces modèles et examiner leurs relations.

L'on est amené à qualifier de contrat le mécanisme par lequel l'administration applique un régime de faveur en contrepartie d'engagements de l'entreprise (3^e modèle), si ces engagements ne peuvent par nature lui être unilatéralement imposés. Cette distinction suivant le contenu ne vaut pas pour la technique : que l'administration mette à la charge de l'entreprise des obligations qu'elle peut imposer unilatéralement ou des obligations qui doivent être acceptées, la technique utilisée reste la même. On ne peut pas qualifier cette technique de contractuelle dans un cas, de non contractuelle dans l'autre. La qualification est unique pour un même type de relation. A partir du moment où l'on constate que le mécanisme par lequel l'administration applique un régime de faveur en contrepartie d'obligations assumées par l'entreprise, est parfois de nature contractuelle, ce mécanisme est une convention.

Or, l'administration peut librement stipuler des obligations particulières à la charge d'une entreprise qui fait la demande d'un régime de faveur. Il dépend de l'administration d'utiliser le second ou le troisième modèle décrit dans le cadre d'une même technique. Certaines entreprises qui projettent une réforme de leurs structures peuvent présenter leur programme et obtenir un agrément fiscal sans que l'administration mette à leur charge d'obligations particulières (2^e modèle). Rien n'empêche pourtant l'administration de stipuler certaines obligations à la charge d'une d'entre elles (3^e modèle). Il n'y a pas de raison convaincante pour qualifier l'allégement fiscal de contrat dans le troisième modèle et d'acte administratif unilatéral dans le second. Si l'on admet que dans le troisième modèle la qualification contractuelle est la seule valable, il doit en être de même pour le second. Puisque le second modèle laisse un choix entre une qualification contractuelle ou non contractuelle, mieux vaut qualifier contractuellement ce mécanisme fiscal en précisant que le contrat fiscal peut être bilatéral (3^e modèle) ou unilatéral (2^e modèle), selon que l'administration stipule ou non des obligations particulières à la charge de l'entreprise. Mais il faut préciser que la qualification contractuelle du second modèle est essentiellement fondée sur le fait que l'administration peut stipuler des obligations complémentaires aux conditions posées par le texte et donner ainsi naissance à un contrat fiscal bilatéral ; on ne comprendrait pas qu'une situation réglementaire puisse être novée en un contrat synallagmatique par la seule volonté

de l'administration. En l'état actuel des habitudes administratives, le contrat fiscal peut être un contrat unilatéral ou synallagmatique.

Mais cette distinction devrait être toute provisoire car ces habitudes sont condamnables au plan de la politique économique. La législation qui précise les conditions que doivent remplir les entreprises pour obtenir un statut fiscal a valeur incitative. Ce rôle incitatif risque d'être émoussé si l'administration refuse discrétionnairement d'accorder le régime favorable aux entreprises qui remplissent les conditions légales ou stipule des obligations particulières et supplémentaires. Pour conserver à cette législation valeur incitative, l'administration devrait se contenter d'appliquer la loi aux entreprises qui peuvent en bénéficier et éliminer les fraudes.

On pourrait alors distinguer deux catégories de techniques directives fiscales. Les unes n'auraient alors rien de contractuel, l'administration se limitant à appliquer la loi aux firmes qui satisfont les conditions légales. L'administration n'aurait pas de pouvoir discrétionnaire en octroyant l'agrément, dont on pourrait dire alors qu'il ne fait que « conditionner » l'application de la loi. Elle ne pourrait pas stipuler d'obligations supplémentaires à la charge de certaines entreprises. Les autres techniques directives seraient en revanche des contrats synallagmatiques, l'Etat ne cherchant pas à inciter les firmes à adopter un comportement, mais plutôt à les amener à souscrire une obligation en contrepartie d'un statut fiscal de faveur. Le cadre légal devrait être donc assez lâche, l'administration ayant tout pouvoir pour octroyer ou refuser le statut fiscal, et stipuler des obligations particulières à la charge des entreprises à l'intérieur de ce cadre de légalité.

On ne gagne rien à mélanger l'effet incitatif et l'effet obligatoire des contrats fiscaux car le pouvoir discrétionnaire laissé à l'administration pour obtenir le second effet est incompatible avec le premier. Il serait probablement plus efficace de distinguer les deux et d'employer deux catégories de déductions fiscales, chaque modèle pouvant s'appliquer dans des circonstances économiques particulières. Soulignons pour finir que lorsque la firme a exécuté les obligations qu'elle avait assumées, le contrat de bilatéral qu'il était devient unilatéral (1). On ne comprendrait pas que la technique, contractuelle à l'origine, puisse devenir un acte administratif unilatéral après que la firme ait exécuté ses engagements. La filiation entre contrats fiscaux synallagmatiques et unilatéraux se manifeste donc aussi dans le temps.

Nous pouvons donc qualifier de contractuels les trois derniers modèles analysés. Lorsque l'administration octroie un régime de faveur à certaines opérations économiques qu'elle apprécie cas par cas, elle utilise un contrat. Ce contrat est bilatéral si l'entreprise souscrit des engagements. Il est unilatéral lorsque seule l'administration assume une obligation, celle d'appliquer le statut avantageux.

(1) R. HOUIN, *La distinction entre contrats synallagmatiques et unilatéraux*, p. 193.

II. Qualification du contrat fiscal

De cette analyse, il résulte bien évidemment que le « contrat » fiscal est un contrat. C'est un contrat unilatéral si l'administration ne stipule aucune condition particulière lors de l'agrément ; il est synallagmatique dans le cas contraire. Il importe de souligner que le régime fiscal est accessoire pour l'administration. Les conditions auxquelles l'agent économique doit se soumettre pour en profiter sont essentielles à ses yeux. C'est par ces conditions que l'administration entend faire passer dans les faits les objectifs de la politique économique. Le statut n'est que le révélateur de ces comportements futurs conformes à la politique industrielle.

L'agrément fiscal n'est pas une décision exécutoire. Il n'impose rien et ne confère aucun droit par lui-même. L'entreprise ne peut prétendre à rien tant qu'elle n'a pas accepté les obligations que l'on met à sa charge, et qu'elle n'a pas exécuté le programme agréé. L'agrément qui n'entraîne des droits et des obligations que s'il est accepté, présente apparemment tous les caractères d'une offre de contracter (1). Ce serait un acte unilatéral, s'il imposait par exemple aux entreprises une décentralisation, une réforme des structures ou un programme d'investissements dans le cadre du plan d'équipement. Mais là ne sont pas ses effets. Il n'a pas force obligatoire par lui-même.

Le contrat fiscal suppose un échange de volontés. Celle de l'administration se manifeste par l'octroi de l'agrément. Celle du contribuable par le fait qu'il a sollicité cet agrément et qu'il maintient sa volonté de profiter du régime favorable en exécutant le programme agréé. En général, l'agrément vaut offre de contracter. Parfois, c'est l'entreprise qui fait une offre précise à la suite d'une proposition de l'administration. C'est le cas, par exemple, des contrats fiscaux précisés par la circulaire du 24 mars 1967 relative aux « conventions » passées avec l'Etat par les petites et moyennes entreprises dans le cadre de l'ordonnance n° 59-248 du 4 février 1959 — Art. 18 (2). L'échange des volontés débute par la demande que fait l'entreprise aux fins d'obtenir la signature d'un contrat fiscal. En cas de prise en considération de la demande, un projet de convention est établi par la Direction générale des Impôts. Trois exemplaires de ce projet sont communiqués au demandeur qui en revoit deux après les avoir signés. Enfin, les documents ainsi renvoyés sont revêtus de la signature du ministre pour valoir convention.

On ne peut s'empêcher de penser, à lire cette procédure, au mécanisme de conclusion des contrats par correspondance. Et de fait, le contrat fiscal en est un. La demande de l'entreprise qui présente les diverses obligations qu'elle entend assumer et le statut privilégié auquel elle prétend est une proposition ; le projet de convention établi par la Direction générale des Impôts, une contreproposition ; lorsque

(1) En ce sens cf. H. Jacquot, thèse précitée, p. 306.

(2) J. O. 29 mars 1967, p. 3032.

le demandeur signe ce projet et le renvoie à l'administration il manifeste une offre. Enfin, cette offre acceptée par le ministre vaut convention.

Comme l'avait remarqué P. Beltrame : « Quand on procède à l'analyse du consentement dans le contrat, on s'aperçoit que c'est à la fois la volonté de chaque contractant et l'accord de leurs volontés. Ainsi, dans la mesure où il n'est pas automatique et doit être sollicité, l'agrément unilatéral devient la manifestation positive de la volonté administrative qui, en s'accordant avec la volonté du contribuable, donne naissance à un authentique consentement. Autrement dit, cet acte unilatéral en coïncidant avec une autre volonté consentante, prend le caractère pur et simple « d'un consentement » (1).

§ 2. — CRITIQUE DE LA QUALIFICATION CONTRACTUELLE

On a voulu tirer argument contre la qualification contractuelle, du fait que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire et n'a pas à motiver ses décisions de refuser ou de dénoncer un agrément fiscal (2) « en l'absence de dispositions le prévoyant » (3). L'acte conditionnel que constituerait en réalité l'agrément administratif serait laissé à la discrétion totale de l'administration. Et l'appréciation de l'opportunité d'octroyer ou de rapporter un agrément fiscal n'est pas susceptible d'être discuté par la voie contentieuse.

Seule, la légalité peut en être appréciée et la jurisprudence sur ce point est bien établie. D'une part, les tribunaux exigent que l'administration leur fasse connaître les motifs exacts de sa décision alors même que ces faits n'ont pas à être notifiés au contribuable (C. E., 26 janvier 1968, « Maison Genestal », J.C.P., 1968, éd. C.I. — 83 186). D'autre part, le contrôle du juge se limite à l'appréciation de l'erreur de droit ou d'une inexactitude matérielle. Le juge recherchera aussi si l'administration n'a pas usé de son pouvoir dans un but autre que celui en vue duquel la loi les leur a conférés (C.E., 26 janvier 1968 précité, et Tribunal administratif de Paris, 5 juillet 1962, « Société Industrielle Valéry », Rec., p. 776 ; Tribunal administratif de Lille, 31 juillet 1957, « Briqueterie Jolly », inédit). En revanche, « il n'appartient pas à la juridiction administrative d'apprécier les motifs d'ordre économique qui ont pu ainsi déterminer les modalités pratiques de son choix ». (Tribunal de Lille précité.)

Mais ce pouvoir discrétionnaire est précisément indispensable à la conclusion d'un contrat. Tout contrat suppose en effet une certaine « autonomie de volonté ». Le contrat fiscal ne déroge pas à cette exigence. « La pleine liberté dont jouit l'autorité administrative pour apprécier, dans chaque cas, si l'entreprise demanderesse remplit effec-

(1) P. BELTRAME, R.S.F. 1967, p. 280.

(2) MM. GRAINDORGE et LANCHON, Rev. *Futuribles*, janvier 1968.

(3) Tribunal administratif de Paris, 5 juillet 1962, « Société industrielle Valéry », Rec. 776.

tivement les conditions nécessaires à l'octroi de l'exonération est l'indice que l'agrément qu'elle édicte, acte émanant de sa seule volonté, exprime réellement son consentement à l'opération envisagée » (1).

Quant au contrôle que peut exercer l'administration sur l'entreprise, il n'est pas le signe d'une décision exécutoire. Ce contrôle « permet à l'autorité fiscale de s'assurer que les engagements pris par l'entrepreneur continuent d'être remplis une fois l'agrément obtenu ». Il s'agit donc là d'un acte entrant pleinement dans le cadre du contrat conclu, puisque l'administration ne pourrait sans cela savoir si son contractant exécute effectivement et correctement ses obligations.

D'autres critiques à la qualification du contrat sont inspirées par l'inégalité des contractants. « Les parties contractantes ne sont pas dans une position d'égalité : d'un côté il y a « l'administration », de l'autre côté une entreprise. Cette inégalité de poids respectif explique qu'il n'y ait pas de discussion contractuelle sur les concessions réciproques que se font les parties » (2).

L'inégalité se marque aussi dans les conditions réciproques. « C'est ainsi que d'un côté l'administration octroyant un régime fiscal de faveur fait une concession importante. Mais, de l'autre côté, l'entreprise ne fait pratiquement aucune concession ; elle soumet simplement à l'administration un programme de production et d'investissements afin que lui soit donné un « agrément » (3).

La juxtaposition de ces deux arguments ne manque pas de surprendre : le contractant le plus puissant, qui n'accepte pas la discussion, est le seul à faire une concession importante ! Ces deux analyses sont incompatibles, ou bien l'administration profite de sa position de force et obtient de l'entreprise des concessions substantielles ; ou alors l'entreprise ne fait pratiquement aucune concession, mais que l'on ne reproche pas à l'administration d'user de sa supériorité.

La réalité est toute différente ; l'entreprise consent elle aussi des concessions (4), et nous avons vu que l'administration pouvait inclure dans son agrément un certain nombre d'exigences. Ce sont précisément ces exigences qui peuvent être désastreuses pour la politique industrielle, si elles ne sont pas concertées : en demandant à l'entreprise de créer un certain nombre d'emplois par exemple, les pouvoirs publics peuvent l'inciter à choisir un type de production qui ne sera pas forcément compétitif à terme. L'entreprise consent des concessions parfois importantes, et cependant l'administration, malgré sa supériorité, n'exerce pas un monopole abusif qui éliminerait toute notion contractuelle. C'est que le contrat fiscal est totalement différent du contrat d'échange, « *do ut des* » ; il ressemble au contrat de comportement par lequel des parties s'engagent à faire ou à ne pas faire

(1) P. BELTRAME, précité.

(2) *Perspectives*, 29 janvier 1966.

(3) *Idem*.

(4) Les engagements de l'entreprise ont en effet une certaine consistance puisque le « retrait de la cinquantaine d'agréments constaté chaque année s'explique par l'impossibilité des petites entreprises à tenir les engagements imposés » (Agréments fiscaux — MM. GRAINDORGE et LANCHON précités).

quelque chose. Et ces obligations de faire ne résultent pas d'un équilibre momentané entre des intérêts opposés, équilibre que tend précisément à consolider la technique contractuelle, et qui se révèle le plus souvent défavorable à la partie la plus faible. L'aspect organisateur est parfois très marqué dans le contrat fiscal (1). Certains auteurs y ont même décelé une sorte « d'affectio-societatis » (2).

Et, dans ces contrats liant le comportement futur des contractants, les objectifs ne sont pas diamétralement opposés, loin de là. L'entreprise, d'un côté, ne recherche pas seulement son intérêt financier immédiat. Elle se préoccupe au moins autant de sa compétitivité à long terme. Et c'est ce souci de la compétitivité à long terme qui est le dénominateur commun de toutes les interventions de l'Etat dans le cadre de sa politique industrielle. Alors même qu'il ne poursuit pas en priorité cet objectif, dans la politique d'aménagement du territoire par exemple, l'Etat doit l'avoir toujours présent à l'esprit. Il ne sert à rien de localiser des firmes dans des régions où elles ne trouveront pas les moyens d'une compétitivité future. Et précisément, les critiques développées par certains auteurs contre les techniques d'aménagement du territoire qui incitent à entreprendre une production non rentable ou à localiser des entreprises dans une région où elles ne trouveront pas les conditions de leur développement, sont autant d'objections à ce que l'administration profite de sa supériorité pour arracher à l'entreprise des concessions qui vont à l'encontre de son intérêt (3). Les mêmes auteurs préconisent une concertation permettant de déterminer quel emplacement doit choisir l'entreprise dans son intérêt propre et celui du développement de la région : l'inégalité respective des parties n'empêcherait nullement une discussion réciproque sur les concessions qu'elles se font. L'Etat recherche le meilleur développement de l'économie. La réalisation de cet objectif passe par la recherche du meilleur développement des firmes du pays. Si l'Etat estime qu'il n'a pas à aider la croissance de telle entreprise, il refusera de contracter avec elle, mais ne lui arrachera pas des concessions contraaires à sa compétitivité future. Il y a, certes, inégalité entre les parties mais elle ne conduit pas l'Etat à instituer un « monopole abusif ».

Les critiques qui se fondent sur l'absence d'une discussion contractuelle sont inspirées de la même idée d'inégalité entre les contractants. On souligne que ce sont des « textes normalement législatifs qui prévoient et organisent initialement certaines règles qui prennent la forme d'octroi d'avantages fiscaux... Certes, il peut arriver que tel

(1) A propos des contrats de droit privé contemporain, J. Flour pouvait dire : « Naguère fin en soi, le contrat est devenu instrument, arme de la stratégie économique ». (Rapport sur l'influence du droit public sur le droit privé en France ; in *Trav. Assoc.*, H. CAPITANT, 1946, T. II, p. 190). Cette remarque est plus topique encore pour les contrats directeurs de l'économie qui, à aucun titre, n'ont pour but de créer une communauté juridique isolée et statique, mais d'organiser des relations entre les contractants. Ceci est particulièrement frappant pour les conventions professionnelles.

(2) H. JACQUOT, *Recherche sur le régime et la nature juridique des plans français*, thèse, p. 316.

(3) L. STOLERU, *L'impératif industriel*, p. 231.

ou tel type de contrat fiscal ait à son origine un échange de vues entre l'administration et une industrie ou une profession déterminée. Mais de cet échange de vues ne peut naître directement aucun contrat fiscal. L'administration n'a pas la possibilité d'octroyer de son propre chef un régime fiscal de faveur » (1).

Cette dernière affirmation doit être nuancée. Non seulement l'administration dispose d'une grande liberté pour inclure dans un projet de loi de finances toute disposition fiscale qu'elle estime nécessaire, mais encore certains régimes d'exonération sont prévus par décrets.

De toute façon, la critique ne vaut que pour le statut fiscal octroyé, c'est-à-dire pour la prestation due par l'administration, qui est parfois fixée par un texte législatif. Elle omet de souligner que l'entreprise peut être amenée à s'engager à adopter un certain comportement. Dans ce cas, les contrats fiscaux font l'objet d'un aménagement contractuel. En toute hypothèse, l'absence de discussion contractuelle n'est pas incompatible avec la notion de contrat. La plupart des conventions de la vie courante sont conclues sans qu'il y ait le moindre aménagement contractuel. Dira-t-on que la vente de biens de consommation n'est pas un contrat ?

L'argument le plus sérieux contre la qualification contractuelle de notre technique est celui de P. BELTRAME : le contrat fiscal n'est pas un contrat car le retrait de l'agrément est discrétionnaire : « autrement dit, l'autorité qui a accordé l'agrément peut à tout instant le retirer, brisant ainsi de son propre chef et sans possibilité de sanction, l'accord initial des volontés... Ainsi, admettre un pouvoir discrétionnaire de résiliation-sanction dans le contrat fiscal, c'est admettre que l'administration ne prend au moment de l'octroi de l'exonération aucun engagement. »

Il est vrai que l'administration peut non seulement suspendre l'application d'un contrat fiscal antérieurement conclu, mais encore exiger des pénalités à cette occasion. Mais ce pouvoir lui est donné dans des conditions bien précises ; les textes prennent soin d'indiquer que le régime fiscal favorable sera suspendu dans les formes dans lesquelles il a été octroyé, et au cas où le bénéficiaire n'a pas rempli ses engagements, ou bien a été convaincu de fraude fiscale.

L'administration ne souscrit pas une obligation potestative dans le contrat fiscal car elle ne peut résoudre de façon discrétionnaire les droits de l'entreprise. En effet, dans la mesure où elle a rempli ses obligations, la firme tire de l'agrément un certain nombre de droits. Le Conseil d'Etat l'a précisé dans son arrêt du 10 mars 1967 (2) : « L'agrément n'est susceptible de créer des droits au profit de l'entreprise intéressée que dans la mesure où l'investissement projeté est effectivement réalisé, dans des conditions strictement conformes au projet qui a reçu l'agrément de l'administration. » Et la jurisprudence sur les promesses économiques non tenues qu'a systématisée le commis-

(1) Article anonyme de la revue *Perspectives*, « Une nouvelle technique d'intervention, le contrat fiscal », 22-29 janvier 1966.

(2) « Société Samat et Cie », Rec., 1967, p. 113.

saire du gouvernement Braibant dans ses conclusions sous l'affaire Société des huileries de Chauny conforte cette opinion. « La responsabilité de l'administration est totale dans le cas d'assurance ou d'engagements formels précis et apparemment réguliers » (1). L'administration est engagée par le contrat fiscal tant que le contractant respecte ses obligations. Si celui-ci n'exécute pas ses promesses, une résiliation interviendra. C'est le mot même qu'emploie la circulaire du 24 mars (2) qui prévoit que « les modalités de résiliation au cas où la société ne remplirait pas les engagements souscrits » devraient être « stipulées » dans la convention (art. 10).

Certains auteurs ont prétendu que l'administration n'étant pas tenue de donner les motifs de sa décision, disposait en réalité d'un pouvoir discrétionnaire sur ce point (3). En fait, dans le régime actuel, les entreprises peuvent recourir aux tribunaux « si leur demande a été jugée sur des faits inexacts ou si la procédure n'a pas été respectée » (4). L'administration devra faire preuve de ce que l'entreprise n'a pas respecté ses engagements. Elle ne peut résilier le contrat fiscal de façon discrétionnaire.

Conclusion

Le contrat fiscal participe de la nature du contrat : il porte bien son nom. Et les textes récents ont raison, qui emploient un vocabulaire réservé aux contrats pour décrire la procédure de conclusion. Mais l'aspect d'acte condition n'est pas non plus absent.

Seulement, les auteurs ont mis depuis longtemps en évidence le rôle nouveau du contrat de droit privé : il devient de plus en plus un acte condition. L'accord des parties n'aboutit le plus souvent qu'à déclencher l'application d'un régime légal. Ainsi, les stipulations des contrats d'assurances sont-elles déterminées par avance, précisant les obligations des contractants de façon stéréotypée. Dans le cas du contrat fiscal seule l'obligation de l'administration est déterminée par un texte. La prestation à laquelle s'engage l'entreprise est parfois l'objet d'une négociation de type contractuel. Le contrat fiscal présente plus de caractéristiques contractuelles que le contrat d'assurance, le contrat de transport ou même les innombrables contrats courants comme la vente, pour lesquels une prestation au moins est toujours strictement déterminée.

Mais, précisément, l'on comprend que des conventions « *do ut des* », qui n'ont pas de caractère « *organiciste* », puissent se passer d'une discussion préalable. On comprend que ce soient des contrats d'adhésion ; la rapidité et l'efficacité y obligent souvent. Ce ne devrait pas être le cas des contrats qui traduisent dans les faits la politique économique du gouvernement, mais son inspirés par la recherche de la compétitivité future des entreprises auxquelles ils s'adressent.

(1) C. E. 24 avril 1964, Rec., 1964, p. 245.

(2) J. O. 29 mars 1967, p. 3091.

(3) BELTRAME, précité.

(4) MM. GRAINDORGE et LANCHON, in *Futuribles*, janvier 1968.

Le régime des techniques directives ne doit pas aller à l'encontre des buts que poursuit la politique industrielle. Deux grands principes commandent le choix des buts et des méthodes : la recherche de l'accroissement de la compétitivité est le premier ; le respect du principe de neutralité le second.

Déterminer les possibilités de compétitivité à long terme de la firme ne peut être le fait de la seule puissance publique. Comme le suggère Lionel Stolérù à propos de l'aménagement du territoire, il faut que « le choix d'une localisation n'apparaisse plus comme une lutte entre intérêts divergents mais comme la recherche en commun du meilleur parti » (1). De façon plus générale, l'emploi des techniques directives, qui doivent avoir comme objectif permanent la compétitivité future, devrait être déterminé en accord avec l'entreprise. La cessation du régime favorable doit intervenir également, soit à la fin d'un programme établi de concert, soit à la suite d'un constat de carence porté sur le comportement promis par la firme. La suspension du statut favorable entrave le développement de la firme quand il ne le condamne pas. Il n'est pas de bonne politique industrielle de suspendre purement et simplement l'application du statut sans chercher en commun toutes les solutions de remplacement. En résumé, les critiques que l'on adresse couramment au mécanisme des contrats fiscaux (2) n'auraient plus cours si l'on réduisait le caractère d'adhésion du contrat fiscal, si les pouvoirs publics admettaient que l'établissement du contrat, comme sa résiliation, résulte d'une concertation des intéressés. Le procédé juridique existe à cette fin : le contrat fiscal est une convention, et rien n'empêche l'administration d'engager des discussions « contractuelles ».

Cependant, l'application des règles contractuelles, instaurant un débat dans les parties, rendrait plus fréquent le recours aux tribunaux. « Les juges actuels sont mal préparés pour trancher ces questions. Comment apprécier les raisons économiques d'un refus, la bonne volonté et les initiatives économiques du bénéficiaire d'un agrément, et même la force majeure en cas d'inexécution des engagements souscrits ? » (3). L'auteur voit dans les commissions de conciliation compétentes pour les différents pouvant s'élever sur la validité des conventions créant les S.A.F.E.R., la préfiguration des « premières garanties en matière économique. Leur naissance montre combien serait utile une juridiction économique dont la compétence s'étendrait normalement aux agréments fiscaux qu'il n'est pas souhaitable de confier indéfiniment au bon plaisir de l'administration ni à l'étonnement des juges ».

(1) L. STOLERU, *L'impératif industriel*, p. 231.

(2) Cf. principalement celles de P. EBRARD (in *Rev. Sc. Fin.*, 1967, p. 41) qui peuvent se résumer de la façon suivante. Les droits de l'Etat sont trop importants ; les garanties de ses contractants sont en revanche trop faibles. Ils n'ont aucune participation à l'élaboration de la procédure qui est couverte par le secret ; la décision dépend du dossier, ne revêt aucune publicité. Enfin et surtout, l'administration peut suspendre l'application du statut sans avoir à motiver sa décision. Nous avons examiné toutes ces critiques dans les pages qui précèdent.

(3) P. EBRARD, *précité*.

Pour les contrats fiscaux, comme pour l'ensemble des techniques directives, la détermination du juge compétent est tout à fait incertaine. Les formes de l'économie contractuelle n'ont pas encore trouvé leur juge. Les raisons sont assez évidentes : les entreprises ne se soucient pas d'engager un litige contre l'administration qu'elle retrouvera « au détour du chemin » ; les procédures sont, en toute hypothèse, trop longues pour apporter une solution à des problèmes économiques qui doivent être résolus très rapidement ; enfin, quand bien même les firmes seraient tentées de faire respecter leurs droits en justice, l'imprécision de la répartition des compétences en matière d'interventionnisme les en dissuaderait. Pour les auteurs de droit public les contrats entre l'entreprise et l'Etat sont des contrats de droit administratif. Pour les auteurs de droit privé au contraire, ils relèvent du droit privé. L'analyse du régime de ces contrats permettra peut-être de conclure sur ce point. Mais il faut noter dès à présent qu'aucune solution ne s'impose en un sens ou dans l'autre. Dans la mesure où l'Etat entend intervenir sur l'économie sans pouvoir de contrainte particulier, en faisant abandon de ses prérogatives de puissance publique, et en utilisant le mécanisme contractuel, le droit public contractuel ne paraît pas applicable. Le droit des contrats administratifs ne revêt de particularités par rapport au droit civil que du fait qu'un des contractants dispose de pouvoirs particuliers qui sont refusés à la personne privée. D'un autre côté, les avantages qui sont offerts à l'entreprise portent sur les impôts et les taxes diverses, les prix ou des avantages financiers consentis sur fonds publics. Le droit privé semble étranger à ces prestations.

En réalité, lorsque l'Etat attend d'une entreprise un comportement économique particulier, il ne fait guère que stipuler un engagement qui relève du droit privé. L'objet de l'obligation de la firme est une opération régie par le droit commercial classique. Mais l'objet de l'obligation de l'Etat qui relève de la législation fiscale, de la réglementation des prix, ou du financement public, participe du droit public. Vouloir rattacher les techniques d'économie contractuelle à une branche particulière du droit relève de la prestidigitation.

Le premier problème qui se pose, et il est capital puisqu'il commande la stabilité des programmes des entreprises, les garanties dont elles disposent et le maintien d'un minimum de concurrence, est de mettre en forme juridique le régime des techniques directives. Le pouvoir presque totalement arbitraire dont dispose à ce jour l'administration, est insupportable. C'est cette intervention sans garantie sur l'économie qu'il importe de réglementer. La détermination du juge compétent viendra en second. Dans la suite de cette étude, nous nous attacherons à rechercher les lacunes et incohérences du régime des techniques directives, et proposerons les éléments d'une réglementation qui serait susceptible de satisfaire le besoin de stabilité et de sécurité des entreprises, et le but de l'Etat qui est de compenser les faiblesses de l'économie française, face à un marché élargi.

SOUS-TITRE II

LE RÉGIME DES CONTRATS FISCAUX

La tentative de qualification de ce que l'on nomme contrats fiscaux revêt un intérêt juridique et économique. Juridiquement, la réglementation des contrats fiscaux présente certaines lacunes et de nombreuses insuffisances. Le rôle du juriste est alors de mettre en évidence ces lacunes et ces insuffisances et de proposer un système cohérent et adéquat au regard des buts visés. Afin de détecter les lacunes de la réglementation, un modèle logique est nécessaire qui peut au surplus inspirer le régime proposé pour pallier les insuffisances actuelles. Le fait d'avoir remarqué que la situation créée par le contrat fiscal présentait les mêmes caractéristiques que la situation contractuelle nous autorise à utiliser le régime contractuel de droit commun comme modèle d'analyse et aussi comme une esquisse d'un régime plus harmonieux. Le droit des obligations est surtout fondé sur des raisonnements de pure logique, une fois admis certains postulats propres à notre civilisation. Ces constructions dont la cohérence a été éprouvée par des années d'expériences sont applicables en notre matière.

Or, réintroduire un peu de logique et de cohérence en la matière est indispensable. A la faveur des incertitudes et des lacunes, en effet, l'administration dispose souvent d'un pouvoir totalement arbitraire. Cette souplesse d'utilisation est peut-être un avantage pour l'administration économique. Pourtant, les contrats fiscaux, pour produire des effets obligatoires, doivent d'abord être conclus. La formule des contrats fiscaux ne peut séduire les entreprises, si elle permet l'ingérence sans freins de l'arbitraire des « technocrates ». Les entreprises recherchent la sécurité, c'est-à-dire la certitude que l'administration respectera ses engagements.

Elles ont aussi besoin de connaître le contenu exact de leurs droits et pour cela la réglementation fiscale doit répondre à l'exigence de clarté. Enfin, les avantages que l'administration propose doivent être suffisamment importants pour emporter l'adhésion de la firme.

Le caractère attractif des contrats fiscaux est ainsi subordonné à la double exigence de sécurité et de clarté, en plus du contenu attractif des avantages promis. Le régime actuel néglige le plus souvent ces conditions, particulièrement en ce qui concerne les conséquences des contrats fiscaux (chapitre II). Qui est lié par le contrat fiscal, à quoi s'engage exactement la firme contractante ? Que se passe-t-il si l'une des parties n'exécute pas ses obligations ? Autant de questions qui n'ont reçu qu'un embryon de réponse. En revanche, sur les conditions de formation des contrats fiscaux (chapitre I), les textes sont plus précis.

Elles sont très proches de celles du droit commun contractuel. Le premier chapitre de notre étude sera donc surtout descriptif, alors que l'examen des conséquences du contrat fiscal conduira souvent à suggérer des solutions plus conformes à la logique en s'inspirant du droit des obligations.

Il importe enfin, avant de commencer l'étude juridique, d'en montrer l'enjeu pour la théorie économique. Lorsque l'on propose des solutions tirées du droit commun contractuel pour l'exécution des contrats fiscaux, l'on reconnaît que l'administration et les firmes contractantes disposent de droits subjectifs d'origine conventionnelle. Par conséquent, l'Etat trouve dans les contrats fiscaux les moyens coercitifs pour appliquer les objectifs de politique économique. Mais il n'a pas pouvoir de commandement sur les firmes, qui s'engagent si elles le veulent bien.

Or, la question de la nature de la planification française a été très discutée en Europe et aux U.S.A. La notion de plan indicatif qui serait un simple guide pour l'économie privée est généralement considérée comme une pure fiction (1). Les auteurs étrangers, notamment anglais, qui se sont intéressés à la « planification à la française », font maintenant une distinction qui nous semble justifiée entre les mesures sélectives et les mesures non sélectives. Si les contrôles et incitations sont appliqués sélectivement dans le but de développer certains secteurs et de maintenir la croissance de certains autres en conformité avec les objectifs sectoriels du plan, la planification française devient plus qu'un simple exercice de programmation nationale et de persuasion (2). Si, au contraire, ils sont appliqués sans discrimination pour toute l'économie ou varient en fonction de critères autres que les objectifs du plan ou plus généralement d'objectifs sectoriels, ils ne peuvent être alors considérés comme des mesures utilisées pour rendre les programmes quantitatifs plus coercitifs (3). Or, les planificateurs en collaboration avec le ministre des Finances se sont réservé le droit d'entrer en contact avec des firmes ou des groupes de firmes, promettant certains avantages fiscaux en contrepartie de l'exécution de projets entrant dans le cadre du plan. Cette politique de discrimination démontre pour les observateurs étrangers que le plan français, pour être efficace, ne peut rester simplement indicatif et qu'il est appliqué, en fait, par des méthodes discriminatoires qui lient la liberté économique des entre-

(1) Cf. par exemple, *Central planning for the market economy*, VERA LUTZ, p. 46 ; *Economic planning and policies in Britain, France and Germany*, DENTON, FORSYTH and MACLENNAN, p. 105 ; « In Britain there are now few illusions left about the self fulfilling power of an indicative programme and much of the earliest interest in French planning has evaporated ».

(2) Nous dirons qu'elle emploie des techniques d'exécution « directives ».

(3) Les techniques d'exécution seraient alors « incitatives ». En fait les auteurs étrangers soulignent à juste titre que l'Etat français emploie certaines méthodes directives pour permettre l'application du Plan. Cf. par exemple *Economic planning and policies in Britain, France and Germany*, précité, p. 102 et 103. « These agreements known as "quasi-contracts" or "contracts fiscaux" involve detailed negotiations between the planners and individual firms and a deliberate policy of discrimination. This detailed interference, like the capital market controls mentioned earlier, is at variance with the emphatic pronouncements of the planners that they do not interfere with individual firms. »

prises. Par conséquent, reconnaître qu'une partie au moins des contrats fiscaux sont des conventions synallagmatiques revient à dénier le caractère simplement indicatif de la planification française (1).

Mais il y a plusieurs solutions pour lier la liberté des entreprises. L'Etat peut donner des ordres de production, et l'on dira alors que la planification est impérative. L'Etat peut aussi offrir aux entreprises d'adopter un comportement déterminé pendant un certain temps dans le cadre d'un contrat. Dans cette hypothèse, les entreprises renoncent à leur liberté parce qu'elles le veulent bien, comme elles le font du reste par contrats commerciaux classiques. Certes, en l'état actuel d'incertitude et d'obscurité qui caractérise le régime des contrats d'intervention économique, l'on est forcé de dire que l'administration française dispose du pouvoir quasi discrétionnaire pour intervenir sur le secteur et au moment qu'elle choisit. Mais l'on pourrait limiter les interventions sectorielles au cas d'insuffisances du marché (2), et remodeler leur régime conformément à l'exigence de sécurité et de clarté. L'économie française serait alors contractuelle et pourrait être rendue compétitive sans que l'on porte trop atteinte aux lois du marché (3).

(1) Comme l'a montré C. DEBBASCH, la substitution des nouvelles méthodes souples d'intervention aux anciennes techniques autoritaires souligne le passage d'une situation où les pouvoirs publics avaient un pouvoir limité pour intervenir sur des secteurs spécifiques en conformité avec les règles objectives, à une autre où ils ont un pouvoir général pour intervenir sur le secteur et au moment qu'ils choisissent, favorisant certaines firmes au détriment d'autres (« La V^e République et l'administration », in *Le Monde*, 31 mars 1967).

(2) Comme l'a du reste proposé le Comité de développement industriel.

(3) Dans la conclusion de ses « recherches sur le régime et la nature juridique des plans français » (Thèse, Paris, 1967), Jacquot souligne que le Plan « n'est pas et ne peut pas être en droit une manifestation de volonté des seuls représentants de la nation, parce que dans notre système juridique les citoyens n'ont pas compétence pour décider à la place des producteurs et que c'est à ceux-ci que le Plan s'adresse. Il ne peut être qu'une manifestation de volonté commune de l'Etat et des autres producteurs publics et privés traduisant leur accord pour réaliser ensemble, chacun apportant en quelque sorte sa pierre à l'édification de l'œuvre commune, un certain nombre de tâches, d'objectifs qui paraissent essentiels au développement de la nation. Ces conclusions paraîtront peu satisfaisantes à ceux qui voient dans la planification le moyen de faire prévaloir dans les domaines économiques et sociaux les préférences de la collectivité sur ceux de ses membres. De ce point de vue il serait peut-être en effet préférable que son efficacité repose sur le commandement du législateur plutôt que sur le consentement des assujettis. Mais il ne s'agit pas ici d'indiquer ce qui devrait être, mais seulement ce qui est. »

« Que le Plan ne puisse pas être considéré comme un acte législatif, mais seulement comme une déclaration de volonté commune des différents responsables de l'activité économique sur les objectifs qu'ils entendent poursuivre ensemble et sur les moyens qu'ils se proposent de mettre en œuvre pour les atteindre, ne signifie pas que ses dispositions ne puissent avoir un caractère juridique. Cela signifie simplement que celui-ci sera fonction de la nature et de la portée des engagements qu'ils auront souscrits. »

CHAPITRE I

LA FORMATION DES CONTRATS FISCAUX

Les contrats fiscaux sont des techniques directives qui ont été prévues comme moyens d'inciter les entreprises à suivre un certain comportement, par le IV^e Plan de développement. Pour inciter les entreprises à adopter un programme d'activités et les contraindre ensuite à le respecter, « le fisc ne vient pas après coup à alléger ou alourdir un compte d'exploitation ou un bilan par une surcharge ou un dégrèvement qu'il décide seul. Il offre à l'avance le choix entre deux régimes de taxation selon que l'entreprise fait ou non plaisir à la collectivité » (1). En échange d'un comportement économique cohérent avec les buts de la politique économique (2), l'entreprise bénéficie d'une exonération fiscale. La détermination précise de l'activité économique que l'on attend de la firme résulte de contacts entre celles-ci et l'administration. L'échange de volonté qui en est l'aboutissement manifeste cette liberté contractuelle. « Au moment de la conclusion des contrats avec l'administration, il n'existe entre elle et les entreprises privées qu'un simple dialogue de persuasion ne comportant aucune contrainte juridique » (3). La formation des contrats fiscaux est une procédure identique à celle qui permet la conclusion des contrats en droit commun. Comme on le fait du contrat de droit civil, nous examinerons successivement les conditions de capacité (section I), le mécanisme de l'accord des volontés et le degré de liberté des consentements (section II), la cause de l'engagement (section III), l'objet du contrat (section IV) et les conditions de forme (section V).

Section I. — Les personnes habilitées à contracter

Lorsque l'on étudie les techniques directives sous l'angle du contrat, on peut être tenté de ramener le problème de la détermination des personnes habilitées à contracter à celui de la capacité pour s'engager (4). Cette assimilation est pourtant discutable.

(1) F. BLOCH-LAINÉ, Préface à l'ouvrage de M. VASSEUR, *La réforme des structures industrielles et des économies régionales*.

(2) Pour l'énoncé de ces buts cf. l'Introduction in fine.

(3) M. KHALIL, thèse précitée, p. 93, n° 114.

(4) C'est ce que fait H. Jacquot dans sa thèse précitée, p. 311.

Tout d'abord il est certainement inexact d'étudier la « capacité » de l'organe administratif habilité à contracter. Le contractant de l'entreprise dans les techniques directives est l'Etat. Et le problème de savoir si l'Etat est ou non fondé à contracter, est en fait celui de la licéité des mécanismes directifs. La détermination de l'organe administratif représentant l'Etat dans la convention est un problème de répartition des compétences, non de capacité.

En revanche, il n'est nullement étonnant qu'il y ait des conditions de capacité permettant de refuser la technique fiscale à certaines firmes. Si les contrats fiscaux sont de nature hybride, il est normal qu'il se pose d'un côté un problème de pur droit administratif (la détermination de l'agent administratif habilité à contracter) et de l'autre côté une question de pur droit privé (la capacité des firmes qui pourront le conclure). Cela ne va pas de soi pourtant, et l'on peut envisager deux hypothèses. L'on peut dire que les nombreuses conditions légales qui réservent chaque contrat fiscal à des catégories étroites d'entreprises sont des conditions de capacité. Mais on peut également soutenir que la loi crée seulement des exigences de comportement particulières qui limitent l'action de l'administration. L'intérêt de la distinction réside dans la sanction qui frappera la violation de ces limitations ; s'il s'agit de conditions de capacité, leur transgression sera frappée de nullité. Il convient de remarquer, du reste, que les règles de capacité en la matière poursuivent un intérêt général ; elles incitent les entreprises à modifier leur comportement et à se plier aux objectifs de politique économique. Alors qu'en droit commun la nullité pour incapacité est relative, car elle représente le type même de la nullité de protection individuelle (1), elle sera ici absolue. La nullité des contrats fiscaux conclus avec des firmes que la loi n'autorise pas à contracter pourra donc être invoquée par tout intéressé.

Si l'on admet que les dispositions légales limitent l'activité de l'administration, la sanction sera différente. En cas de violation de la loi, les intéressés ne pourront exercer un recours pour excès de pouvoir, qui ne peut être dirigé contre un contrat (2) ; mais ils pourront s'adresser au tribunal administratif, juge du contrat (3). Comme nous le verrons ultérieurement, la qualification de ces dispositions légales dépend de leur objet.

(1) J. FLOUR, *Cours de droit civil*, 2^e année, p. 315.

(2) G. VEDEL, *Droit administratif*, p. 416.

(3) Remarquons que le tribunal administratif serait alors compétent même si l'on qualifie notre mécanisme de contrat de droit privé. Il est de jurisprudence constante, en effet, que le juge civil compétent pour connaître des difficultés nées d'un contrat de droit privé doit cependant renvoyer au juge administratif l'appréciation de la compétence de l'agent qui a conclu le contrat (T. C., 19 mai 1958, Société MYRTOON STEAMSHIP, D. 1958-J. 699 et note Robert).

§ 1. — L'AGENT ADMINISTRATIF COMPÉTENT

Lorsqu'il s'agit de déterminer la personne habilitée à conclure des contrats fiscaux au nom de l'Etat, le problème est simple : la plupart des textes fiscaux donnent compétence au ministre des Finances.

En général, le ministre n'agit pas de son propre chef. Il doit prendre sa décision sur avis d'une commission à compétence économique qui est, le plus souvent, le Conseil de direction du Fonds de développement économique et social (F.D.E.S.). Il y a pourtant des contrats pour lesquels le ministre n'est pas requis de demander son avis au conseil (1). Il n'en demeure pas moins que l'avis du conseil est déterminant au point que, parfois même, le conseil accorde lui-même l'exonération. L'intervention du conseil de direction dans la procédure de conclusion de certains contrats fiscaux est devenue une obligation légale puisque l'article 38 de la loi n° 65 566 du 12 juillet 1965 dispose que nonobstant toute disposition contraire, les agréments auxquels est subordonné l'octroi d'avantages fiscaux qu'elle prévoit sont délivrés par le ministre des Finances après avis du conseil de direction du F.D.E.S. (2).

Quelques contrats fiscaux doivent être conclus par le ministre après avis du commissariat au plan d'équipement et de productivité (3). Mais la procédure ordinaire de conclusion souffre une exception encore plus importante. L'article 38 de la loi précitée prévoit en effet que le ministre peut déléguer son pouvoir à des agents de l'administration des impôts ayant au moins le grade de directeur départemental. Les arrêtés du 16 juin 1964 et 19 juillet 1965 (4) ont institué une procédure déconcentrée d'octroi des agréments en exécution de ce texte. Un arrêté du 10 juillet 1969 a élargi les compétences des directeurs régionaux (5). Les chefs de services fiscaux chargés d'une direction régionale reçoivent compétence pour conclure des contrats fiscaux avec les petites entreprises. Dans le cadre des demandes d'exonération

(1) Par exemple tous les contrats d'encouragement à la recherche sauf les incitations au développement d'opérations d'apport de brevets ou de licences d'exploitation.

(2) Loi n° 65566 du 12 juillet 1965 et rapport de L. VALLON sur l'art. 39 *J.O.A.N.* Débats 1965, p. 1297. Le comité doit émettre un avis dans les cas suivants :

- régime du bénéfice mondial (C.G.I. art. 200 quinquies et O. 17/9/67 art. 28)
- régime des sociétés conventionnées (O. 59248 du 4/2/1959)
- amortissement exceptionnel d'immeubles à usage industriel et commercial (C.G.I. art. 39 quinquies D)
- dissolution de sociétés inactives (C.G.I. art. 239 bis B)
- sociétés de capitaux admises au régime fiscal des sociétés de personnes (C.G.I. art. 1239 bis A)
- transfert du droit à déduction de la T.V.A. (D. 6792, 1^{er}/2/1967 art. 2)
- régime des sociétés mères et filiales (C.G.I. art. 145-1)
- réduction du droit de mutation sur certaines acquisitions immobilières (C.G.I. art. 1369 bis).

(3) L'avis de cet organisme est requis dans le cas d'apport partiel d'actif prévu à l'art. 719 du C.G.I.

(4) *J.O.* des 24 juin 1964 et 28 juillet 1965.

(5) *J.O.* du 23 juillet 1969.

portant sur des programmes d'investissement, le ministre peut déléguer son pouvoir lorsque le programme triennal ne dépasse pas cinq millions de francs. Les contrats fiscaux intervenant dans le cadre de l'aménagement du territoire peuvent être conclus par cette procédure déconcentrée, à l'exception de ceux autorisant le remploi des plus-values foncières et de ceux allégeant les impôts pesant sur les ventes d'immeubles. Cependant, la délégation ne joue pas dans toutes les zones ni pour les reconversions. La procédure déconcentrée est également applicable aux contrats fiscaux facilitant la liquidation des sociétés inactives lorsque le montant de l'actif net n'excède pas cinq millions de francs et dans la mesure du moins où le dossier ne présente pas de difficultés particulières. Enfin, depuis le 1^{er} octobre 1969, les directeurs régionaux des impôts peuvent statuer sur les demandes concernant les apports partiels d'actif et les reports de déficit en cas de fusion absorption.

§ 2. — LA CAPACITÉ DE L'ENTREPRISE CONTRACTANTE

La détermination des entreprises qui pourront conclure un contrat fiscal est en soi une technique d'intervention qui incite à l'application de la politique industrielle. Par l'énoncé de ces conditions, en effet, l'Etat qui subordonne la possibilité de conclure un contrat fiscal à leur respect incite les entreprises à s'y soumettre et influe de cette façon sur leur comportement. Il y a, du reste, une certaine contradiction entre l'incitation par ces conditions et le pouvoir dont dispose l'Etat de refuser de conclure un contrat fiscal avec les entreprises qui s'y sont pliées. L'incitation par les conditions perd une grande part de sa valeur si l'administration n'octroie pas le régime de faveur dès que les conditions sont observées. C'est la raison pour laquelle la Commission de l'économie générale et du financement du V^e Plan avait émis le vœu que l'administration fasse mieux connaître les conditions d'octroi des agréments en précisant les critères d'appréciation que se fixe le comité des exonérations fiscales. La commission recommandait aussi que les chefs d'entreprise en soient informés de façon systématique (1). Cela a conduit l'administration à introduire la « politique de l'affichage » en matière d'aménagement du territoire et à faire connaître les critères d'appréciation qu'elle respecte (2). Lors de la conclusion d'un contrat fiscal dans le cadre de l'aménagement du territoire, l'administration devrait donc en principe se contenter de vérifier si les conditions sont remplies et si les entreprises qui y ont satisfait n'ont pas

(1) Rapport général, 1966, p. 129.

(2) L'article 17 de la loi n° 69-1168 du 26 décembre 1969 prévoit que les arrêtés du ministre de l'Economie et des Finances pris après avis du Conseil de direction du F.D.E.S. peuvent définir compte tenu de l'importance, de la nature ou du lieu d'exercice des activités considérées, les conditions des agréments auxquels des exonérations fiscales sont attachées en vertu des dispositions législatives ou réglementaires. Les conditions des agréments dans le domaine de l'aménagement du territoire figurent dans l'arrêté du 28 mai 1970 (J.O. 18 juin 1970) modifié le 10 août 1971 (J.O. du 21 août 1971).

été inspirées par un but de fraude à la loi. Telles sont en effet les attributions ordinaires lorsqu'elle applique un texte. Elle ne saurait dans ce cadre disposer d'un pouvoir d'appréciation. L'on devrait donc refuser la qualification contractuelle à ces techniques d'aménagement du territoire. Le mécanisme contractuel en effet réserve à l'administration contractante une certaine autonomie de volonté. En réalité, la politique dite de « l'affichage » ne supprime pas cette liberté de l'administration : l'octroi des agréments fiscaux n'est jamais automatique. Mais on est ramené alors au problème précédent. L'incitation par l'énoncé de conditions est sans valeur si l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation pour octroyer le régime de faveur. Il faudrait donc distinguer la technique du contrat fiscal par laquelle l'administration soumet l'obtention d'un avantage à des obligations individualisées « coup par coup », et la « politique de l'affichage » qui l'oblige à octroyer le régime de faveur aux entreprises qui se sont soumises aux conditions stéréotypées. Au plan de l'efficacité économique les deux techniques sont largement incompatibles (1). C'est cette distinction qu'opérait le IV^e Plan en faisant le départ, parmi les exonérations accordées au coup par coup, entre les agréments semi-automatiques qui permettent d'écarter les opérations sans intérêt économique et les agréments qui aboutissent à la conclusion de véritables contrats fiscaux. Le droit positif confond les deux.

Les critères de capacité en matière de contrats fiscaux permettent d'écarter du champ contractuel certaines entreprises qui ne présentent pas les conditions de structure ou d'activité susceptibles de faire passer dans les faits la politique économique. Ces conditions de capacité visent en effet les entreprises individuelles et non les branches de l'industrie. Les professions représentées par leurs chambres syndicales ne disposent d'aucun pouvoir corporatif qui leur permettrait d'obliger les entreprises du secteur professionnel à respecter les engagements négociés avec l'Etat. Conformément aux principes contractuels, c'est dans la seule mesure de la manifestation de leur volonté que peuvent être engagées les entreprises. Cette remarque est du reste valable pour toutes les techniques directives, même si elles font intervenir la profession.

D'autre part, les conditions de capacité permettent de faire un choix préalable parmi les entreprises susceptibles de contracter. En première analyse les critères qui président à ce choix paraissent difficiles à préciser. Les exigences touchant la notion de capacité en matière de contrats fiscaux sont multiples tant sont nombreuses et détaillées les conditions auxquelles les entreprises doivent se plier pour bénéficier d'un régime de faveur. Un examen plus précis conduit à écarter certaines d'entre elles des conditions de capacité *stricto sensu*. Nous verrons ultérieurement (2) que l'on doit en effet faire une distinction entre les conditions qui déterminent la capacité de l'entreprise à contracter et celles qui limitent la liberté de l'administration pour accorder un régime fiscal de faveur. Les premières s'attachent à l'identité de l'entre-

(1) Cf. *supra*, pp. 61-62.

(2) *Infra*, p. 92-93.

prise, à son activité, les secondes concernent l'opération particulière pour laquelle la firme sollicite un allégement fiscal. Or, déterminer la capacité à agir d'une entreprise, c'est préciser les qualités qu'elle doit présenter pour pouvoir valablement demander la conclusion d'un contrat fiscal. Par conséquent, les conditions qui tiennent à l'opération envisagée ne limitent pas la capacité à agir.

Cette définition de la capacité ne présente pas une grande originalité par rapport à celle que l'on donne de la capacité contractuelle en droit commun, du moins en première analyse. Et cette notion plus limitée de capacité à conclure un contrat fiscal permet de recenser les critères qui commandent le choix des entreprises susceptibles de contracter, c'est-à-dire les critères de capacité.

Sur ce point, le droit des contrats fiscaux diverge du droit commun contractuel. En droit commun, la capacité dépend de critères formulés en termes très généraux, valables pour l'ensemble des opérations contractuelles. Au contraire, les catégories d'entreprises autorisées à demander un agrément fiscal sont déterminées avec plus de précision et ne sont pas les mêmes selon les types de contrats fiscaux. La différence entre les conditions de capacité dans l'un et l'autre domaine s'explique par les raisons d'être de la notion de capacité.

Pourquoi la règle de droit autorise-t-elle certaines personnes à contracter et l'interdit à d'autres ? On avance souvent en droit commun l'idée que les conditions de capacité manifestent un souci de protection, soit des personnes déclarées incapables, soit de celles avec qui elles auraient eu vocation à contracter. Cette explication n'est que partielle. Si certaines personnes ont besoin d'une protection, c'est qu'elles ne sont pas aptes à exercer les droits que la capacité à contracter leur conférerait. Le pouvoir de contracter est une fonction à laquelle certains peuvent être déclarés inaptes. Les critères de capacité ont précisément le rôle d'écarter les indésirables et s'attachent par conséquent aux conditions d'adaptation à la fonction du contractant.

Les contrats fiscaux ont pour objectif de faire passer dans les faits la politique économique du gouvernement. Certaines firmes sont adaptées à cette fonction et présentent les conditions de structure et d'activité nécessaires à cette fin, d'autres pas. On comprend que les règles qui écartent du champ contractuel certaines entreprises soient plus précises en notre matière qu'elles ne le sont en droit commun.

Quelques exemples suffisent à montrer que les conditions de capacité permettent de réserver la possibilité de conclure un contrat fiscal aux entreprises qui sont à même de faire passer dans les faits la politique économique du gouvernement. Les objectifs de politique économique que visent les techniques directives sont des objectifs industriels. On s'explique ainsi que la capacité à conclure un contrat fiscal soit en général réservée aux entreprises industrielles. D'autre part, de nombreux textes limitent la possibilité de conclure un contrat fiscal aux seules entreprises françaises (1). C'est par exemple le cas des

(1) Cf. L'instruction du 4 juillet 1966, § 16 ; également le régime des sociétés financières d'innovation institué par la loi n° 72-650 du 11 juillet 1972 ; art. 4-III-A.

contrats fiscaux incitant à la concentration des entreprises ou à la liquidation des sociétés inactives (1). On comprend que l'Etat n'a pas à favoriser les réformes de structures d'entreprises qui ont leur actif à l'étranger. Aussi la loi n° 65 566 du 12 juillet 1965 autorise-t-elle en son article 17 les entreprises françaises à conclure un contrat fiscal à l'occasion d'apport à une société étrangère à la condition que les éléments d'actifs transférés restent en France. Dans ce cas, en effet, la réforme des structures de production bénéficie à l'industrie française. Or, la réforme des structures industrielles est l'un des objectifs de la politique économique. En revanche, la condition de nationalité n'est pas prise en considération dans les contrats fiscaux incitant au développement régional. L'objectif de la politique industrielle est dans ce cas de créer un pôle de développement dans des régions déterminées, et cela ne dépend pas de la nationalité de la société intéressée. La condition de nationalité posée par certains textes fiscaux donne ainsi naissance à un problème bien connu en droit commercial, qui est celui des critères de la nationalité d'une société. L'on peut dire que la Cour de cassation utilise toujours le même critère pour toute une catégorie de litiges. En effet, la Cour suprême tient compte du lieu où se trouve le siège social pour déterminer la nationalité d'une société, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de sa constitution. En revanche, elle n'a pas donné de solution générale permettant de dire quelle est la nationalité, lorsque la loi subordonne certaines activités sociales à la condition que la firme soit française. En fait, il se pose alors un problème de politique, ou de politique économique, et les critères adoptés diffèrent suivant le but que se propose la législation. En l'espèce, puisque le but de la législation est de favoriser un « impact » sur l'économie française, il semble que l'on doive décider de la nationalité en fonction du lieu où se trouvent les éléments d'actifs, c'est-à-dire principalement en fonction du siège d'exploitation. Il n'en demeure pas moins que l'absence d'indications sur ce point introduit un élément d'arbitraire au profit de l'administration. Préciser les critères de la nationalité est le type même de précisions que devrait apporter une législation téléologique, qui réserve des avantages aux sociétés françaises, afin de susciter un effet déterminé sur l'économie nationale. Du reste, dans d'autres domaines, la législation fiscale est plus précise.

Parfois, en effet, les conditions de capacité dépendent d'objectifs plus détaillés de la politique industrielle. Ainsi l'Etat entend-il susciter le développement de certaines activités d'exportation. A cette fin, il autorise des sociétés à conclure un contrat avec l'administration qui leur permet de pratiquer un amortissement accéléré (2). Mais seules reçoivent capacité à contracter les sociétés titulaires d'une carte d'exportateur. Et comme l'octroi de cette carte dépend de l'activité d'exportation (3) on constate que par les conditions de capacité l'Etat réserve

(1) Art. 108, C.G.I.

(2) Décision ministérielle du 26 octobre 1957-B.O.C.D., 1957 II 218.

(3) Décrets 57-911 du 10 août 1957 et 58-130 du 10 février 1958.

la possibilité de conclure un contrat fiscal aux entreprises qui sont à même de faire passer dans les faits sa politique économique. La capacité joue le même rôle pour les contrats fiscaux prévus par l'ordonnance du 4 février 1959 (1). Ces contrats ont pour but de faciliter l'adaptation des petites entreprises au Marché commun. Par conséquent, ils sont réservés aux sociétés dont le nombre de salariés et le montant du capital est inférieur à un certain plancher (2). De même encore lorsque l'Etat entend favoriser la création de filiales communes effectuant des études ou des fabrications nouvelles, il limite la possibilité de conclure des contrats fiscaux aux entreprises ayant un certain montant de capital (3). Pour que l'aide à la recherche du développement prenne une certaine ampleur, il faut que les opérations de fusion suscitées par des contrats fiscaux aient un impact suffisant dans le secteur d'industrie où elles interviennent. Les entreprises créées doivent donc avoir un certain « poids » économique. Cela conduit à limiter la capacité en fonction du montant du capital.

On pourrait multiplier les exemples. Le rôle des conditions de capacité en matière de contrat fiscal est d'assurer que les sociétés intéressées présentent les qualités requises. Puisque l'on attend d'elles un comportement qui traduise dans les faits la politique économique du gouvernement, l'on doit déterminer la capacité des entreprises habilitées à contracter, en fonction de leur aptitude à remplir ce but. Ce n'est par conséquent pas seulement en fonction de la forme des sociétés que l'on limite leur capacité, et l'on comprend que les critères retenus en droit fiscal contractuel soient plus précis que ceux du droit commun et varient suivant le type de contrat analysé.

Le parallèle entre la notion de capacité dans le contrat fiscal et celle du droit commun n'est du reste pas inutile. Nous avons dit au début de cette section que les conditions de capacité ne présentaient pas une grande originalité par rapport à celles du droit commun, du moins en première analyse. Un examen plus approfondi des règles fiscales montre que les exigences de capacité permettent de poursuivre des objectifs déterminés, alors que les incapacités de jouissance en droit commun sont fondées tantôt sur l'ordre public, tantôt sur la protection d'intérêts particuliers (4), qui sont des buts bien plus vagues. Il découle de cette différence quelques conséquences intéressantes.

Tout d'abord, en droit commun, la notion de capacité est figée ; son contenu varie peu, en raison de ce que les objectifs des règles d'incapacités sont eux-mêmes bien fixés. Les catégories de personnes qui méritent une protection particulière restent longtemps les mêmes, et l'ordre public non économique évolue comme l'éthique, lentement. En revanche, le critère de capacité dans le contrat fiscal s'attache à l'« utilité » de l'agent économique au regard des objectifs de la politique industrielle. L'aspect téléologique des règles permettant de déter-

(1) Voir également la circulaire du 27 mai 1967.

(2) La limite est fixée à 500 salariés, 5 milliards de francs pour le capital et les réserves.

(3) Art. 239 bis du C.G.I. mod. par l'art. 12 de la loi 65-997 du 29/11/65.

(4) H. L. et J. MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, T. II, p. 192, n° 228.

miner les personnes habilitées à contracter est aussi plus marqué, et la notion de capacité dans le contrat fiscal est de ce fait « dynamisée ». L'on trouve en matière de techniques contractuelles d'intervention des conditions évolutives de capacité qui étaient jusqu'alors inconnues du droit. Ceci explique, du reste, que de simples lois de finances puissent modifier la capacité de conclure des contrats fiscaux.

Il n'en résulte pas pour autant que la condition de capacité en notre matière soit moins importante qu'en droit commun. De même que l'activité économique se trouve dépendante des possibilités de crédit (1), de même dépend-elle du montant des taxations. L'incapacité d'exercer une certaine activité économique peut aussi bien résulter d'une interdiction directe que d'un refus d'accès à certaines sources de crédit ou à certaines réductions fiscales. Il est donc nécessaire qu'un contrôle judiciaire aussi rigoureux que celui du droit commun en matière d'état des personnes s'exerce sur les conditions de capacité dans les techniques directives.

Section II. — L'accord des volontés dans le contrat fiscal

L'argumentation des auteurs qui refusent la qualification contractuelle aux exonérations fiscales sur agrément administratif repose surtout sur le fait « que l'arrêté, la convention, ou la décision d'agrément sont des actes discrétionnaires unilatéraux pour lesquels l'administration décide d'appliquer un régime fiscal de faveur déterminé par la loi à une entreprise » (2). Le contrat fiscal ne ferait donc aucune part à la volonté de l'entreprise. Le déroulement chronologique de la procédure de conclusion pourrait en effet laisser croire que l'entreprise n'a plus qu'à attendre la décision de l'administration une fois qu'elle a demandé à profiter d'un régime fiscal de faveur. La firme qui satisfait aux conditions précisées dans les textes prévoyant l'octroi d'un régime favorable est astreinte à une seule formalité, remplir un questionnaire type établi pour chaque agrément. Elle doit déposer ce formulaire le plus souvent en plusieurs exemplaires, auprès de l'administration des finances. Le pouvoir de décision semble ensuite appartenir seulement à l'administration.

Le mécanisme de l'accord des volontés est en réalité différent de ce qu'une telle analyse laisse supposer (§ 1). La volonté de l'entreprise intervient lors de la conclusion d'un contrat fiscal et c'est la rencontre de cette volonté et de celle de l'administration qui vaut conclusion. Cela nous amènera à nous interroger sur le contenu des volontés dans le contrat fiscal (§ 2).

(1) J. HEMARD, « L'économie dirigée et les contrats commerciaux », in *Etudes Ripert*, T. II, p. 349.

(2) MM. GRAINDORGE et LANCHON, précité.

§ 1. — LE MÉCANISME DE L'ACCORD DES VOLONTÉS

La description que l'on a faite de la procédure de conclusion omet une intervention de l'entreprise, qui pour être tacite n'en est pas moins essentielle : l'acceptation. Nous savons en effet que l'administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou dans le cadre de l'autonomie de sa volonté peut stipuler des obligations particulières à la charge d'une entreprise qui a sollicité un agrément fiscal. L'on ne saurait admettre que la firme soit contrainte à exécuter ces engagements par le fait même de l'octroi d'agrément. La demande de l'entreprise est établie conformément à un formulaire qui comporte au minimum des renseignements concernant l'identité de la firme, l'activité exercée, l'importance du personnel, des renseignements financiers et des renseignements relatifs à l'opération envisagée, aux moyens mis en œuvre, aux résultats escomptés. Les demandes se terminent par une formule qui manifeste l'acceptation de l'entreprise : « Les soussignés s'engagent formellement, en cas d'agrément, à réaliser l'opération dans les conditions et délais prévus au présent questionnaire. » L'agrément octroyé par le ministre n'est pas suffisant pour engager l'entreprise, mais engage l'administration. Conformément aux principes contractuels, cet agrément qui manifeste la volonté de l'administration et l'engage doit avoir été accepté par l'entreprise pour qu'il naisse une obligation à sa charge.

L'énoncé des conditions auxquelles l'administration subordonne la possibilité de solliciter un agrément fiscal n'est pas une offre. La sollicitation est en effet une proposition de conclure un contrat déterminé à des conditions précises. Cette proposition doit être assez détaillée pour que le contrat puisse être formé par simple acceptation. Les conditions posées dans un texte sont trop générales pour comporter cette précision. Elles ne constituent qu'une proposition à entrer en pourparlers, s'adressant à certaines personnes. La demande de l'entreprise qui sollicite un traitement fiscal de faveur est le premier acte de la procédure à revêtir une précision suffisante pour être une offre à contracter. Si l'administration se contente de délivrer l'agrément sans ajouter de conditions particulières à celles figurant dans les textes lui donnant pouvoir à cette fin, l'octroi de l'agrément vaut conclusion du contrat. Le contenu des obligations des parties contractantes sera déterminé par ces textes prévoyant l'octroi d'agrément, précisé par les réponses fournies par l'entreprise au questionnaire.

L'administration peut ajouter des obligations supplémentaires ou restreindre le contenu de son engagement. Dans ce cas, l'agrément ne constituera qu'une contre-proposition, une offre de contrat fiscal, comprenant des obligations nouvelles déterminées et chiffrées. L'entreprise devra accepter cette offre. Son accord se manifestera par le fait qu'elle

profite du régime favorable, ou exécute ses obligations. A ce moment seulement le contrat est conclu (1).

Signalons enfin que certains textes ont détaillé ce mécanisme de l'accord de volonté ; l'accord de l'entreprise doit alors être exprès. La circulaire du 24 mars 1967 (2) a précisé la procédure et la date de conclusion des conventions que peut conclure avec le ministre une filiale d'entreprises désireuses de s'adapter aux conditions du Marché commun (3). Les demandes de convention doivent être établies en douze exemplaires préalablement au programme d'investissements et aux versements dus par les sociétés mères qui profiteront des exonérations d'impôt. Le conseil de direction du F.D.E.S. assure l'instruction de cette demande. Si son avis est favorable, un projet de convention est établi par la direction générale des impôts. Trois exemplaires sont communiqués au demandeur qui doit en renvoyer deux signés. Ces deux documents sont ensuite signés par le ministre de l'Economie et des Finances et la convention est ainsi conclue. A cette date la convention produit ses effets, car la firme a pu manifester auparavant son consentement au projet de contrat.

§ 2. — LE CONTENU DES VOLONTÉS

Nous avons vu à plusieurs reprises que c'est surtout l'analyse du contenu des volontés qui conduit certains auteurs à refuser nature contractuelle à notre mécanisme (4). Nous avons déjà souligné le pouvoir d'appréciation dont dispose l'administration. Le présent paragraphe fera la synthèse de ces observations.

L'argument principal de la thèse contractuelle est que l'administration et l'entreprise disposent, lors de la conclusion d'un contrat fiscal, d'une grande marge de liberté. Le contrat fiscal ne se réduit pas à l'application d'un statut légal ou réglementaire (5). En somme, les partisans de la thèse contractuelle, comme ceux qui la critiquent, sont au moins d'accord sur ce qui doit être le pivot de leur argumentation : le contrat fiscal se limite-t-il à appliquer purement et simplement la loi ou le règlement à des intéressés qui en font la demande ? L'examen

(1) C'est la raison pour laquelle on ne peut souscrire entièrement à l'affirmation de H. JACQUOT (thèse précitée, p. 309) qui décèle « l'acceptation des partenaires de l'Etat » dans « une demande de l'entreprise qui sollicite son aide et qui s'engage en contrepartie à orienter son programme dans le sens du Plan » (dans le même sens, cf. revue *Perspectives* du 29 janvier 1966, p. 4). L'acceptation peut intervenir après l'agrément administratif, comme doit le reconnaître H. Jacquot dans la suite de son analyse (p. 315).

(2) J. O. des 27, 28 et 29 mars 1967.

(3) Ord. n° 59248 du 4 février 1959.

(4) G. TMSIT, D. 1965, Chron. p. 120.

(5) Contra G. TMSIT, D. 1965, Chron. p. 120. Il suffit pourtant d'examiner les textes pour se convaincre qu'ils sont trop imprécis pour être directement appliqués, voir par exemple l'art. 1473 bis du C.G.I. qui dispose que « l'exonération totale ou partielle de patente peut être accordée aux entreprises qui procèdent à des transferts, créations, extensions d'installations commerciales ou industrielles ».

de notre technique conduit à répondre négativement. Le contenu des volontés n'est pas imposé par un texte. En effet, l'administration ne se limite pas à appliquer un texte fiscal, mais a toute liberté pour octroyer un régime de faveur (1). Cela ne démontre-t-il pas déjà amplement que le statut légal n'est pas une règle, puisqu'il n'a pas force obligatoire par lui-même ? De surcroît la détermination légale du régime de faveur ne constitue qu'une limite supérieure au pouvoir de l'administration d'octroyer un statut préférentiel. Elle ne constitue qu'un « plafond » au-dessous duquel l'administration peut librement octroyer aux entreprises les avantages fiscaux qu'elle estime devoir leur accorder.

Les textes légaux qui fixent une limite aux régimes fiscaux favorables que peut librement accorder l'administration n'éliminent pas l'autonomie de la volonté. Ils n'ont de plus aucune influence sur l'entreprise qui peut soit modifier son comportement puis solliciter l'agrément, et marquer ainsi sa volonté de conclure un contrat fiscal avec l'administration, soit ignorer purement et simplement les facilités qui lui sont offertes. Les textes légaux ont valeur négative, limitent la liberté administrative d'octroyer n'importe quel régime fiscal à n'importe quelle condition. Limitant la liberté contractuelle, ils jouent le même rôle que les textes d'ordre public relatifs à l'objet du contrat en droit commun.

Dans le cadre de cette législation, l'agrément, parce qu'il doit être sollicité puis accepté par l'entreprise, « devient la manifestation de la volonté administrative qui, en s'accordant avec la volonté du contribuable, donne naissance à un authentique consentement » (2). Au demeurant, c'est un aspect de cette liberté de l'administration qu'invoquent certains auteurs à l'encontre de la qualification contractuelle. Pour eux, l'agrément serait un acte unilatéral et discrétionnaire et le fait que l'administration peut librement le refuser sans en donner les raisons indiquerait qu'il n'est qu'une faveur (3). En somme, l'agrément serait un acte unilatéral dont le régime serait dérogoire à celui des actes unilatéraux ! En fait, ce refus discrétionnaire manifeste simplement l'aspect contractuel de la technique.

La jurisprudence récente du Conseil d'Etat (4) ne vient en rien entamer ce pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration. La juridiction administrative précise que le juge de l'excès de pouvoir peut demander à l'administration les raisons de fait et de droit ayant motivé son refus d'agrément administratif. Ce pouvoir d'inquisition lui permet d'exercer un contrôle de légalité. Or, en matière de contrat fiscal, les règles que doit respecter l'administration sont de deux sortes :

(1) Ce qui distingue du reste les contrats fiscaux des « dégrèvements qui sont accordés de plein droit aux entreprises présentant certaines caractéristiques. Il n'y a ici que mesure unilatérale et égale pour toutes les situations identiques ». (M. P. DELVOVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, thèse 1969.)

(2) P. BELTRAME, *La fiscalité de l'aménagement du territoire*, R.S.F. 1967, p. 280.

(3) P. EBRARD, « Les avantages fiscaux sur agréments administratifs », *Revue de science financière*, 1967, p. 84-B.

(4) C.E. 26 janvier 1968, « Maison Génestal », précité, Rec. p. 62.

les unes composent ce cadre légal, auquel nous avons souvent fait allusion et qui s'impose aux contractants lors de la conclusion du contrat, comme le font les textes d'ordre public en droit privé. Les autres déterminent les objectifs de politique économique qui justifient l'emploi de la technique fiscale. Ces contraintes sont très larges et laissent à l'administration un important pouvoir discrétionnaire.

Sommée de fournir les raisons qui l'ont amenée à ne pas contracter, l'administration pourra toujours prétendre que l'entreprise sollicitante entrerait bien dans les cadres légaux lui permettant de conclure un contrat fiscal et présentait un programme satisfaisant au regard des objectifs généraux de politique économique, mais que par exemple ce programme n'avait pas un impact suffisant sur l'économie globale. Le contrôle de légalité ne permet pas aux tribunaux de surveiller l'usage des contrats fiscaux par l'administration. Il faut dépasser la simple mesure de légalité et apprécier la cause du contrat fiscal pour dire si un contrat fiscal donné se justifie dans une situation économique déterminée.

Section III. — La cause de l'engagement

La théorie de la cause fournit les moyens d'un contrôle judiciaire qui peut être plus ou moins rigoureux selon le pouvoir que se reconnaîtront les tribunaux. La notion de cause elle-même revêt plusieurs aspects. Mais, heureusement, les auteurs abordent en général le problème de la même façon. En droit commun, on s'accorde à reconnaître que l'idée de cause répond à l'interrogation : pourquoi le contractant est-il obligé ? Cette question a reçu trois réponses successives dans l'histoire du droit : le contractant est obligé parce que la loi l'a voulu, ou bien parce qu'il a reçu une contrepartie, ou encore parce qu'il a manifesté sa volonté en ce sens. La tendance contemporaine en droit privé, telle qu'elle a été systématisée par Esmein, est de distinguer « cause abstraite » et « mobile », ce qui répond aux deux préoccupations de l'existence de l'obligation et de sa licéité. Le contrôle de l'existence, contrôle objectif, permettra de refuser toute valeur à une convention qui n'a pas de cause. Le contrôle de la licéité, à la suite d'une recherche du mobile déterminant, conduit à annuler la convention fondée sur un mobile illicite.

Ce contrôle de l'existence et de la licéité est particulièrement important en notre matière. La technique du contrat fiscal (et la rupture d'égalité qu'elle institue) ne se justifie que dans la mesure où elle permet d'atteindre les objectifs de la politique économique. Le statut fiscal favorable doit donc avoir une cause abstraite : un comportement de l'entreprise conforme aux objectifs industriels, et nécessaire à leur réalisation (§ 1). D'un autre côté, l'activité à laquelle l'entreprise s'engage dans le contrat fiscal doit concourir à la réalisation de ces objectifs. La recherche du mobile déterminant de l'acceptation de l'entreprise permet de s'assurer qu'elle n'a pas eu pour but réel de frauder

la loi, sous couleur de respecter les objectifs de la politique industrielle (§ 2). Au total, le contrôle objectif permet de censurer éventuellement l'acceptation de l'administration, et le contrôle subjectif celle de l'entreprise.

§ 1. — LA CAUSE ABSTRAITE

Signalons tout d'abord que c'est la notion de contre-prestation dans le contrat synallagmatique qui est à la base de la théorie de la résolution pour inexécution. Or, la résolution est la principale sanction d'une inobservation des engagements dans le contrat fiscal. C'est dire que la notion de cause abstraite joue un rôle important au cas d'inexécution du contrat fiscal, comme nous le verrons par la suite (1).

Mais le contrôle de l'existence d'une cause dans un contrat fiscal pourrait permettre de surveiller l'usage que fait l'administration de sa liberté contractuelle. L'on a trop souvent oublié que l'inégalité fiscale résultant du contrat ne se justifie que par l'impact des engagements de l'entreprise et que la renonciation partielle de la firme à sa liberté de gestion devait être équivalente au cadeau qu'elle reçoit en échange.

C'est ainsi que l'incitation fiscale est parfois trop faible, ou trop forte. Elle peut même n'avoir aucune raison d'être. Le régime de faveur peut être trop faible lorsque les avantages accordés sont pour l'entreprise d'un profit insuffisant. Ainsi l'amortissement exceptionnel de 25 % correspond-il souvent à une dépréciation réelle. Le montant maximum du statut fiscal, que l'administration est autorisée à octroyer par contrat, est déterminé dans un texte légal et ne peut être dépassé. Par conséquent, les entreprises ne sont pas disposées à renoncer à leur liberté pour un « avantage » qui n'en est pas un. L'incitation peut être aussi trop forte si les conditions d'attribution des agréments et leur montant incitent les petites entreprises à entreprendre un programme d'investissements dépassant leurs capacités financières. Il est ainsi apparu nécessaire de baisser le plancher à partir duquel pouvait être accordé le transfert à déduction de la T.V.A. Enfin, l'incitation est sans importance et équivaut à un véritable cadeau fiscal lorsque les entreprises sont poussées à la réalisation de l'opération envisagée par d'autres facteurs que l'octroi de cet agrément : concurrence internationale, ampleur des profits. On peut en effet se demander pourquoi encourager une fusion partielle entre deux entreprises florissantes alors que cette mise en commun d'une partie de leurs actifs s'impose à elles pour affronter utilement et avec profit la concurrence internationale (2). Dans des hypothèses de ce genre, le législateur devrait modifier le cadre légal qui limite la volonté de l'administration. Mais il devrait instituer un contrôle sur les clauses du contrat afin de s'assurer que l'administration obtient les meilleurs résultats au moindre coût. L'administration doit rechercher si l'on ne peut inciter l'entreprise à agir par

(1) *Infra*, p. 129 et s.

(2) Sur ces points, cf. MM. GRAINDORGE et LANCHON précités.

d'autres moyens moins onéreux, ou s'il n'est pas possible de réduire l'avantage fiscal octroyé, ou encore d'accroître les obligations proposées à telle entreprise plus sensible que d'autres aux avantages accordés. En somme, l'administration doit adapter les stipulations du contrat fiscal à la situation particulière de la firme. Puisque notre technique fiscale est par essence discriminatoire et ne produit effet que dans la mesure où elle offre un avantage à certaines entreprises qu'elle refuse à d'autres, il faut contrôler les conditions dans lesquelles elle est employée.

On pourrait concevoir que pour obliger les agents administratifs à agir dans l'intérêt de l'économie globale, l'Etat « puisse leur indiquer, par des prescriptions détaillées, ce qu'ils doivent faire devant chaque situation de fait ou de droit » (2). Mais ce n'est pas possible en notre matière, car les stipulations du contrat doivent être adaptées à la situation de la firme et aux objectifs de la politique industrielle. Elles ne peuvent être régies en détail par un texte légal ou réglementaire. Par conséquent, il faut laisser à l'administration un certain pouvoir discrétionnaire, dont on doit éventuellement contrôler l'usage après coup. Ce pouvoir ne peut s'exprimer que par acte administratif unilatéral ou par contrat.

Lorsque l'on donne pouvoir discrétionnaire aux agents publics pour faire naître des droits et obligations de façon unilatérale, il n'y a qu'un seul moyen de contrôle, le contrôle par le but, et lui seul. On examinera si, subjectivement, l'agent a entendu réaliser l'intérêt public (3). Mais pour éviter les interventions intempestives de l'administration, il vaut mieux apprécier la validité de l'octroi d'avantages fiscaux dans ses effets sur l'économie générale. La volonté de l'auteur de l'acte importe peu, c'est l'efficacité de l'acte qui est essentielle. Puisque les techniques directives tendent à faire passer dans les faits la politique économique, l'on doit examiner si elles sont susceptibles d'atteindre leurs objectifs.

Le second procédé juridique, le contrat, qui laisse un pouvoir de décision à l'administration, permet en même temps d'organiser une surveillance sur l'usage qu'elle en fait. L'administration peut déterminer librement ses obligations dans la limite d'un cadre légal, et proposer certains engagements corrélatifs à la firme. Si notre technique est bien un contrat, le régime fiscal de faveur est la cause de l'engagement des entreprises. Inversement, les obligations que les firmes souscrivent sont la cause de l'octroi d'un régime de faveur. Or, le contrat fiscal n'est légitime que dans la mesure où il y a un équilibre entre le comportement promis et l'avantage fiscal. Cet équilibre peut se traduire dans la notion de cause, que Daguesseau définissait comme étant « l'intérêt ou l'avantage qui est le motif et comme la raison de l'engagement ». Dans la conception contractuelle, l'examen de la cause permet de contrôler la validité des contrats fiscaux, ce qui

(1) Sur ces points, cf. MM. GRAINDORGE et LANCHON précités.

(2) Dans le même sens voir H. JACQUOT, thèse précitée, p. 310.

(3) G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, p. 322.

constitue un argument supplémentaire en faveur de cette qualification. La notion de cause qu'il faut retenir n'est pas une notion subjective. « Lorsqu'il s'agit d'un intérêt général de nature économique ou matérialiste, toute recherche psychologique doit être écartée ; ce qui doit être apprécié, c'est l'incidence économique de l'acte et non le but de son auteur » (1). Plus précisément, l'analyse de la cause du contrat fiscal et le contrôle de l'intervention fiscale devraient se faire en deux temps. L'on pourrait tout d'abord apprécier la conformité de l'acte aux objectifs de la politique industrielle. En particulier, lorsque ces objectifs ont été précisés dans le plan national, l'on devrait contrôler la finalité du contrat par rapport aux dispositions de la planification. On devrait ensuite apprécier la mesure dans laquelle le contrat permet d'atteindre ces objectifs, rechercher l'incidence économique de l'avantage fiscal octroyé à la firme et examiner s'il est adapté au comportement attendu. Ce contrôle suppose que l'on connaisse les motivations à agir des entreprises, dont nous avons esquissé un tableau précédemment (2). En fonction de ces facteurs qui incitent les chefs d'entreprise à entreprendre une opération économique déterminée, l'on pourra dire si le contrat se justifie et si l'avantage fiscal octroyé est adapté au comportement attendu.

Ce contrôle par le moyen de la cause pourrait ainsi justifier les pouvoirs d'inquisition que s'est reconnu le Conseil d'Etat (3), qui sont inopérants s'ils ne permettaient de n'exercer qu'un contrôle de légalité. L'examen des raisons de fait et de droit invoquées par l'administration permettrait en effet de vérifier l'incidence économique de l'avantage fiscal et, partant, l'équilibre des prestations dans le contrat. En recherchant si le contrat a une cause, les tribunaux pourraient contrôler le pouvoir de l'administration de rompre l'égalité devant les charges publiques et la concurrence entre les entreprises.

L'on peut se demander cependant si la juridiction administrative est bien placée pour apprécier le bien-fondé d'un acte d'intervention, ce qui suppose une connaissance précise des motivations à agir des entreprises. Le juge commercial semble plus compétent à cette fin, mais il n'est pas à même de contrôler l'activité publique. Aussi bien, peut-on penser que le contrôle de l'interventionnisme économique requiert des solutions nouvelles.

Au demeurant, il est douteux que le Conseil d'Etat ait voulu apprécier l'opportunité d'octroyer un agrément fiscal dans l'arrêt du 26 janvier 1968. La juridiction administrative s'est en effet prononcée à l'occasion du refus opposé par l'administration à la conclusion d'un contrat fiscal. Par hypothèse donc il n'y avait pas de cause à contrôler dans cette espèce puisque le contrat n'avait pas été conclu. Le Conseil d'Etat n'a opéré qu'un contrôle de légalité à l'aide des pouvoirs d'inquisition qu'il s'est reconnu. Ce contrôle est inefficace, nous l'avons vu, dans une matière qui laisse un pouvoir discrétionnaire à l'admi-

(1) M. KHALIL, thèse précitée, p. 273, n° 423.

(2) Introduction, *in fine*.

(3) Arrêt du 26 janvier 1968, précité.

nistration pour conclure un contrat fiscal et l'arrêt du 26 janvier 1968 ne renverse pas réellement la jurisprudence des tribunaux administratifs de Paris et d'Orléans (1). Par hypothèse, l'appréciation de l'opportunité d'accorder ou de refuser l'agrément à laquelle se livrent les autorités compétentes n'est pas susceptible d'être discutée par voie contentieuse puisque le contrôle de légalité comme le contrôle subjectif sont inefficaces. L'examen des raisons de fait et de droit qui ont conduit l'administration à manifester sa volonté ne revêt une utilité que pour apprécier si le contrat fiscal a une cause objective.

§ 2. — LA CAUSE SUBJECTIVE

Le domaine fiscal est le terrain d'élection de la fraude pour les entreprises. Il est évident que la perspective de bénéficiaire d'un statut fiscal de faveur peut conduire certaines firmes à conclure des contrats avec l'administration dans le seul but de frauder le fisc. Pourtant, si le contrat fiscal n'a pas pour effet d'associer l'entreprise contractante à une tâche administrative, nous avons eu maintes fois l'occasion de remarquer qu'il introduit une certaine collaboration entre la firme et les pouvoirs publics. Le programme économique qu'elle s'est engagée à respecter s'intègre dans un ensemble plus vaste qui est le développement de l'économie nationale. La firme a tout intérêt à ce que les objectifs de la politique industrielle réussissent. En matière d'aménagement du territoire, par exemple, l'entreprise trouve son avantage à ce que la région dont les pouvoirs publics veulent faciliter l'essor devienne réellement un pôle de développement économique. D'un autre côté, l'administration veut aider la firme à atteindre la compétitivité internationale, ce que l'entreprise recherche aussi. Ces objectifs parallèles supposent des contacts relativement fréquents, un minimum d'association qui ne supporte pas la fraude de la part de l'entreprise (2).

Aussi bien certains textes fiscaux prévoient-ils expressément le cas d'une fraude. La loi du 27 décembre 1963 (3), par exemple, dispose que la constatation judiciaire d'une fraude fiscale postérieure à la conclusion du contrat entraîne le retrait de l'agrément. Mais ces textes sont trop restrictifs. Il n'y a aucune raison de ne pas annuler un contrat fiscal conclu à la suite d'une fraude antérieure de l'entreprise qui se révélerait postérieurement à l'accord des volontés. De plus, il ne devrait pas être nécessaire que cette fraude ait été auparavant constatée par jugement. Il y a bien des formes atténuées de fraude fiscale qui ne font pas l'objet d'une procédure judiciaire. La notion de cause permettrait de sanctionner par l'annulation judiciaire du contrat fiscal toute manifestation de volonté de la part de la firme qui s'avérerait motivée par un but de fraude à la loi. La preuve d'un

(1) Paris, 5 juillet 1962, Rec. p. 776 — Orléans, 8 novembre 1966, précités.

(2) Cf. J. P. COURTHEOUX, « Problèmes sociologiques d'une planification indicative », in *Revue économique*, p. 795, n° 5, septembre 1968.

(3) Art. 54 § 2 de la loi n° 63-1316 du 27 décembre 1963, figurant dans le C.G.I. sous l'art. 1756, § 2.

mobile illicite, même antérieur à l'octroi de l'agrément, pourrait entraîner l'annulation du contrat fiscal.

Cependant, cela supposerait un contrôle juridictionnel sur le contrat fiscal que l'administration ne semble pas disposée à accepter. Les pouvoirs publics préfèrent limiter le rôle du juge à la constatation d'une infraction fiscale, et en tirer eux-mêmes les conséquences sur le contrat fiscal. Comme nous aurons encore l'occasion de le constater par la suite, l'administration, quoiqu'elle soit partie au contrat, s'érige en juge des techniques directives. Cela n'est pas admissible au plan des principes d'une part, et nuit à l'efficacité de ces techniques d'intervention d'autre part. Les entreprises assument des engagements importants dans le contrat fiscal, comme nous aurons l'occasion de le voir dans la section suivante ; comment peuvent-elles accepter qu'une éventuelle difficulté d'exécution soit réglée par l'administration, son contractant ?

Section IV. — L'objet du contrat fiscal

En première analyse, il semblerait que tout contrat fiscal dans lequel l'entreprise et l'Etat promettent quelque chose soit synallagmatique. L'analyse de l'objet pourrait donc se faire d'après une distinction simple : les contrats fiscaux unilatéraux dont l'objet est unique ; les contrats synallagmatiques qui, eux, comportent deux objets.

Mais la détermination de ce qui constitue l'objet du contrat fiscal est complexe du fait que l'impôt est « assis » sur une activité déterminée. En l'absence de traitement fiscal de faveur, en effet, des catégories déterminées d'entreprises auraient dû payer un certain impôt pour des opérations précises, car la dette fiscale naît à la charge de personnes et à l'occasion d'activités bien définies. Et, par hypothèse, seules pourront profiter d'un régime de faveur les firmes qui sont assujetties à l'impôt en question. Le contrat supprimant une certaine dette fiscale ne peut donc être ouvert qu'à certaines entreprises, appartenant à la catégorie générale de celles qui devraient payer l'impôt. Par conséquent, la loi qui institue le contrat fiscal doit limiter l'application éventuelle du régime de faveur à certaines firmes qui accomplissent certaines opérations bien définies. Et dans les obligations que souscrivent les firmes pour profiter du traitement fiscal préférentiel, l'on doit distinguer celles qui tendent à faire passer dans les faits des objectifs de politique économique, et celles qui ne font que préciser les conditions dans lesquelles naît la dette fiscale et qui sont nécessaires à l'exonération. Les premières constituent de réels engagements tenant à l'activité économique des entreprises et ont un objet. Les secondes limitent l'engagement de l'administration dans la convention et le contrat fiscal qui les prévoit ne peut pas être qualifié de synallagmatique. Nous étudierons cette distinction entre contrats fiscaux unilatéraux et synallagmatiques dans un premier paragraphe. Les contrats fiscaux synallagmatiques comportent des obligations à la charge

des entreprises, dont l'objet est de faire passer dans les faits des objectifs de la politique industrielle. L'objet de cette obligation, qui est celui de toute technique directive, sera examiné dans un second paragraphe. Enfin, qu'il s'agisse de l'obligation de l'administration ou de celle de la firme, l'objet doit remplir certaines caractéristiques pour que le contrat soit valable, nous en traiterons dans un troisième paragraphe.

§ 1. — LES CATÉGORIES DE CONTRATS FISCAUX ET LEUR OBJET

Il n'existe pas de contrats unilatéraux ou synallagmatiques par nature. Le contrat synallagmatique peut devenir unilatéral en cours d'exécution, et inversement un acte unilatéral peut transformer un contrat du même nom en contrat synallagmatique (1). La distinction est donc plutôt descriptive et permet de désigner un stade de la vie du contrat au cours duquel l'un des contractants n'a plus d'obligation à exécuter. Dans notre matière, nous avons vu que l'administration pouvait subordonner l'octroi du régime de faveur à l'exécution par l'entreprise d'un programme économique déterminé, si bien que l'administration seule est obligée lorsque l'entreprise a rempli les conditions posées. Mais les parties peuvent également s'engager à des obligations connexes qui s'étageront dans le temps de façon parallèle. Il semblerait alors que le contrat fiscal soit synallagmatique. Ce n'est pourtant pas toujours exact.

La dette fiscale naît d'une opération précise, visée dans le domaine d'application des règles qui l'imposent. Tant que l'opération n'a pas été effectuée, le contribuable n'est pas assujéti à un impôt, à ce titre du moins. Au contraire, dès que les conditions sont remplies et que l'opération est réalisée, la dette d'impôt prend naissance.

Si le législateur a l'intention d'exonérer certaines opérations ou d'alléger la dette fiscale qu'elles font naître, il doit déterminer ces comportements favorisés, et de surcroît apporter des exceptions aux textes plus généraux qui les visent, pour les soumettre à l'impôt. Le régime fiscal de faveur, comme celui du droit commun, suppose donc, pour s'appliquer, une activité du contribuable. Si cette activité présente certaines caractéristiques précisées par les textes, elle bénéficiera d'un régime fiscal de faveur.

Lorsque, en matière de contrats fiscaux, la loi fait correspondre une dette fiscale plus légère aux opérations qui se déroulent dans les conditions qu'elle précise, elle ne propose pas aux entreprises de souscrire un engagement. La firme ne s'engage pas à faire ou à ne pas faire quelque chose, mais elle sait que si elle satisfait aux exigences posées par les textes, elle sera habilitée à solliciter un allègement fiscal. Le comportement suggéré n'est que l'assiette d'un impôt allégé. Pour

(1) R. HOUIN, *De la distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, précité, p. 193.

prendre un exemple, on ne peut pas dire que la loi du 12 juillet 1965 qui, dans son article 12, soumet les sociétés à l'obligation de recevoir une branche complète d'activité pour bénéficier du régime fiscal des fusions, propose à la firme de souscrire un engagement. L'entreprise ne promet rien. Si elle reçoit un apport, elle doit normalement payer un impôt. En recevant une branche complète d'activité, elle sera soumise au régime fiscal des fusions qui est plus favorable. L'apport est un élément constitutif de la dette d'impôt, mais s'il présente certaines caractéristiques, il fera naître une dette plus faible. Ces caractéristiques sont les conditions légales pour que l'administration puisse éventuellement s'engager à faire profiter l'entreprise du régime des fusions. Elles ne constituent pas un engagement de la firme, elles limitent au contraire le pouvoir dont dispose l'administration d'octroyer un régime fiscal de faveur.

Nous avons déjà rencontré ces dispositions qui limitent la liberté de l'administration (1). Ce sont ces conditions qui concernent l'opération particulière pour laquelle la firme sollicite un engagement fiscal et jouent le rôle des textes d'ordre public en droit des obligations, que doit respecter l'administration. Comme les conditions de capacité, elles ont valeur d'incitation. Par l'énoncé des caractéristiques que doit présenter l'opération pour que l'entreprise bénéficie d'un régime de faveur, l'Etat incite la firme à modifier ses programmes d'activité de façon à pouvoir profiter du texte fiscal. Cependant, il est contradictoire d'énoncer des conditions précises auxquelles les firmes devront se soumettre pour obtenir un régime favorable, et de laisser un pouvoir d'appréciation à l'administration qui peut refuser d'octroyer l'agrément même si les conditions légales sont respectées. Inversement, les techniques qui laissent à l'administration une certaine liberté pour accepter un programme économique et proposer des allègements fiscaux, n'ont pas grande valeur incitative puisque les firmes n'en connaissent pas le contenu avant d'entrer en pourparlers avec l'administration. La seule incitation possible est celle qui suscite l'ouverture de pourparlers. On devrait plutôt distinguer les incitations fiscales en faveur de certains programmes économiques qui peuvent s'insérer dans une véritable politique de l'affichage et les contrats fiscaux proprement dits dans lesquels la firme assume véritablement un engagement. Dans l'état actuel du droit, on est obligé de distinguer les contrats fiscaux unilatéraux des contrats fiscaux synallagmatiques, le rôle d'incitation des premiers étant passablement incertain. La déficience des réductions fiscales accordées automatiquement est cependant souvent rappelée. Ainsi, le rapport général de la commission générale et du financement du IV^e Plan (2) affirmait qu'il n'est pas toujours possible de déterminer avec le degré de généralité nécessaire les opérations et les méthodes de production qui sont utiles pour le plan. La commission recommandait par conséquent que les avantages soient l'objet d'un agrément individuel et accordé pour une courte période. De même, MM. Fourastié et Courthéoux soulignent que les incitations fiscales ne peuvent être

(1) Cf. *supra*, p. 77 et 78.

(2) Rapport général, p. 59.

accordées d'une façon rigide et systématique sans un examen préalable des cas particuliers pour apprécier si elles sont justifiées et paraissent être utiles (1). Le contrat fiscal unilatéral n'est de toute façon qu'un « mirage ». Car de deux choses l'une : ou bien l'administration ne profite pas de son pouvoir discrétionnaire auquel cas le « contrat fiscal » revêt bien force incitative mais n'est pas un contrat, ou bien l'administration négocie avec la firme le contenu de son programme mais alors le contrat synallagmatique qui en résulte ne constitue pas qu'une simple incitation et fait naître des obligations subjectives. On ne peut à la fois promouvoir une législation fiscale incitative et conférer à l'administration un pouvoir discrétionnaire pour l'appliquer.

Il existe aussi parmi les techniques fiscales des contrats synallagmatiques dans lesquels l'entreprise assume une obligation véritable. Seuls ces contrats fiscaux peuvent être appelés directifs puisqu'ils assujettissent l'entreprise à accomplir un programme librement accepté. La loi du 12 juillet 1965 précitée fournit un bon exemple de tels contrats. Ce texte dispose que l'apport d'une branche complète d'activité à une personne morale étrangère ne donne en principe pas droit au régime spécial des fusions. Cependant ce régime fiscal favorable peut s'appliquer si la société prend l'engagement de ne pas déplacer les éléments d'actifs transférés en dehors de France. Il ne s'agit plus là d'un élément constitutif de la créance fiscale de droit commun, ou d'une créance plus faible. C'est un véritable engagement que doit prendre la firme contractante, une obligation de ne pas faire résultant d'un contrat fiscal synallagmatique.

En concluant un contrat fiscal synallagmatique, l'entreprise remplit certaines conditions très générales édictées par les textes fiscaux, conditions qui jouent le rôle des lois d'ordre public dans le contrat de droit commun, et limitent le pouvoir dont dispose l'administration de conclure librement un contrat fiscal. Mais la firme ne connaît pas les obligations précises auxquelles elle devra s'engager, qui seront déterminées par des négociations avec l'administration sur la base du programme qu'elle propose. Elle exécutera ces engagements une fois le contrat conclu en même temps que l'administration fiscale exécutera les siens. Il est évident que ce genre de promesse n'est pas un élément constitutif du régime fiscal favorable. Le nombre d'emplois par exemple, ou le montant des investissements, ou encore l'orientation de la production sont autant d'obligations contractuelles qui résultent du contrat fiscal mais ne constituent pas les éléments de l'assiette de l'impôt. Le contrat fiscal qui fait naître ces obligations est une convention synallagmatique.

Il est possible de distinguer deux catégories de contrats fiscaux. Le contrat fiscal unilatéral octroie aux entreprises contractantes un statut de faveur, à condition qu'elles présentent un programme respectant certaines caractéristiques qu'elles connaissent à l'avance. Ce programme constitue en fait l'assiette de la dette fiscale moins lourde, et n'est pas un engagement contractuel. Le contrat synallagma-

(1) *La planification économique en France*, p. 122.

tique constate au contraire deux obligations réciproques. La firme assume un engagement proprement contractuel qu'elle ne peut connaître à l'avance en détail, car il est déterminé cas par cas en accord avec l'administration, dans la limite du cadre légal. Ce comportement est indépendant de l'assiette de l'impôt mais est nécessaire à l'application des objectifs de la politique industrielle. Il y a un aspect organiciste dans le contrat fiscal synallagmatique, qui n'apparaît pas toujours dans le contrat unilatéral, notamment lorsque l'obligation de l'administration s'exécute en un trait de temps. Le premier développe ses effets dans l'avenir, oblige l'entreprise à adopter un comportement déterminé, pas le second.

L'obligation de l'administration d'octroyer un régime fiscal de faveur ne nous intéresse pas directement. Cette promesse ne constitue qu'un « appât » qui, dans le cas d'un contrat unilatéral, incite les entreprises à adapter leurs programmes aux conditions énoncées par la loi fiscale. Elle conduit les entreprises à entrer en contact avec l'administration pour négocier un programme d'activité qu'elle s'obligera à suivre dans le cas d'un contrat synallagmatique. En revanche, l'objet de l'engagement de l'entreprise est un comportement qui fera passer dans les faits certains objectifs de la politique économique. Quoique la firme n'assume un engagement que dans les contrats fiscaux synallagmatiques, l'objet de cet engagement est ainsi l'essentiel pour l'administration puisqu'il constitue le moyen d'intervenir sur l'économie, et nous intéresse au premier chef.

§ 2. — L'OBJET DE L'OBLIGATION DE LA FIRME

Le comportement auquel s'engage l'entreprise contractante est déterminé dans le contrat fiscal ; il est souvent le résultat d'une négociation menée avec l'administration. Or, ces contrats sont secrets et, pour des raisons de concurrence bien compréhensibles, les entreprises comme l'administration n'en divulguent pas le contenu. Traiter de l'objet des obligations de la firme pose par conséquent un problème d'information. Il existe pourtant un moyen de se faire une idée de la teneur de ces engagements, grâce à certains textes fiscaux qui prévoient, dans les grandes lignes, l'objet de l'obligation de la firme. Les parties au contrat fiscal devront individualiser leur accord, l'administration ayant le pouvoir d'ajouter des stipulations particulières, mais l'orientation générale du contrat est déterminée par un texte. Les textes fiscaux jouent ainsi le rôle des conditions générales figurant dans les polices d'assurances, ou des contrats types dont on a pu souligner le foisonnement en droit contemporain (1). Ils donnent un aperçu sur l'objet des engagements que peuvent souscrire les entreprises contractantes.

Ce qui est tout particulièrement remarquable quand l'on examine

(1) Cf. P. LEAUTE, « Les contrats types », *Revue trim. droit com.*, 1953, p. 429 et s.

les engagements assumés par les entreprises, c'est la diversité des objectifs poursuivis. Les contrats fiscaux ne sont pas seulement des techniques permettant d'atteindre les fins de la politique industrielle, car l'Etat profite souvent de ce moyen d'intervention économique pour orienter l'activité des entreprises vers la satisfaction des besoins du moment sans grand souci de cohérence.

La politique industrielle est généralement définie dans le cadre des prévisions du plan et la plupart des contrats fiscaux y font référence. Avant 1965 par exemple, les entreprises qui émettaient des actions nouvelles pouvaient obtenir une exonération des dividendes afférant à ces valeurs. Elles devaient à cette fin présenter un programme d'investissements qui devait être en harmonie avec les prévisions du plan et s'engager à le respecter dans un contrat fiscal. On pourrait dire, en première analyse, que cette obligation ne revêt pas une précision suffisante pour être de nature contractuelle puisque le plan est une projection par branches, non par unités de production. Mais c'est là oublier que l'objet de l'engagement de l'entreprise n'est pas de respecter les dispositions du plan. Il est d'exécuter le programme accepté par l'administration, ou déterminé en accord avec elle (1). Par exemple, les contrats fiscaux à but économique prévus par l'article 1 du décret 57 967 en date du 29 août 1957 font naître l'obligation contractuelle de respecter un programme d'investissements concourant à la réalisation du plan, et d'exécuter les engagements particuliers qu'a pu proposer le Conseil de direction du F.D.E.S. De même, les sociétés conventionnées placées sous le régime de l'ordonnance n° 59 248 du 4 février 1959 doivent s'engager à exécuter un programme d'action précis et chiffré précisant les modalités, moyens financiers et durée de l'opération. Ce programme est l'objet d'un engagement contractuel, puisque pour pouvoir le modifier pendant la durée du contrat, l'entreprise bénéficiaire doit obtenir l'autorisation du ministre des Finances. Conformément aux principes contractuels, une modification du contenu du contrat nécessite l'accord des parties.

D'autres contrats fiscaux, sans faire expressément référence aux prévisions du plan, n'en font pas moins part à des préoccupations d'une politique économique à long terme. C'est ainsi que certains contrats fiscaux obligent l'entreprise à rationaliser ses structures et moderniser ses techniques de gestion, l'aident à augmenter son effort de recherche et de développement ou l'engagent à augmenter ses exportations ou localiser son centre d'exploitation dans certaines parties du territoire. L'objet de ces contrats fiscaux est par conséquent cohérent avec les objectifs à long terme de politique industrielle tels qu'ils sont, par exemple, définis dans le rapport du Comité de développement industriel.

Mais d'autres techniques directives fiscales interviennent sur les secteurs industriels aux fins de poursuivre des objectifs qui ont parfois un effet bénéfique sur l'économie mais ne sont pas strictement des

(1) H. JACQUOT, précité, p. 309.

objectifs de politique industrielle. Ainsi, les entreprises commerciales qui ont contribué à la stabilisation des prix au cours des années 1963 et 1964 ont pu obtenir par décret une réduction ou même une suppression de la taxe complémentaire frappant les bénéfices réalisés pendant cette période. La seule condition était de s'être engagé par accord professionnel à pratiquer des prix et des conditions de vente ayant reçu l'accord de l'administration (1). Cette obligation de faire n'est pas sans rappeler la formule plus récente des contrats de programme avec laquelle elle risque d'interférer fâcheusement. Mieux vaudrait employer les contrats fiscaux pour atteindre certains objectifs industriels et utiliser les contrats de programme pour la politique des prix. Parfois encore, l'objet de l'obligation assumée par l'entreprise n'est pas limité au comportement économique. Les firmes s'engagent dans certains contrats fiscaux par exemple à employer d'une façon déterminée les sommes soumises à un impôt allégé. Ainsi, pour bénéficier du régime fiscal des fusions, les sociétés qui reçoivent des accords partiels doivent-elles souscrire certains engagements tenant à la réintégration des plus-values (2). Au cas d'apport d'éléments isolés d'actifs, la société peut encore bénéficier du régime fiscal des fusions si l'opération permet une expansion répondant aux objectifs du plan, et si la société apporteuse s'engage à ne pas diminuer pendant une durée de cinq ans et sans autorisation du ministre son pourcentage de participation dans la société bénéficiaire. D'une façon similaire, les membres d'une société en liquidation doivent souscrire l'obligation d'effectuer le emploi du produit de l'opération qui leur revient pour obtenir un régime de faveur (3). L'Etat a parfois même profité de la technique fiscale pour introduire en droit français une réglementation « anti-trust » qui devrait faire l'objet d'une législation à portée générale. Ainsi, les groupements professionnels constitués en vue de la rationalisation d'une branche d'activité (4) doivent-ils s'engager à ne pas poursuivre une activité contraire à la réglementation des ententes et à la jurisprudence du comité technique des ententes.

Cette confusion parmi les fins poursuivies est souvent cause d'incohérence et le décret du 30 juin 1955 en fournit un exemple. L'obligation de ne pas violer les décisions du comité technique revêt peut-être un contenu positif, les décisions du comité n'ayant pas valeur obligatoire à l'égard des tiers. Les entreprises ayant signé un contrat fiscal du type précité devront au contraire en tenir compte (5). Mais quelle

(1) Art. 9 de la loi n° 63628 du 2 juillet 1963.

(2) Art. 15, § 4, de la loi du 12 juillet 1965.

(3) Régime fiscal prévu par l'art. 18 de la loi n° 65566 du 12 juillet 1965 modifiant l'art. 11 de la loi n° 63 628 du 2 juillet 1963.

(4) Décret n° 55877 du 30 juin 1955, ancien art. 39 desies et art. 42 septies 2 du C.G.I.

(5) Encore cette conséquence peut-elle être parfois inadmissible. Le comité technique n'est pas infallible, et dans certains cas les firmes, qu'elles aient ou non conclu un contrat fiscal, pourraient ne pas respecter ses décisions, et justifier légalement leur comportement. Imagine-t-on un groupement professionnel poursuivi par le ministre pour violation de la loi des ententes ne pas pouvoir invoquer un texte méconnu par le comité technique en raison des dispositions du contrat fiscal ?

peut être la valeur d'un engagement de ne pas poursuivre une activité contraire à la réglementation des ententes ? La réglementation des ententes prévoit elle-même les sanctions attachées aux infractions qu'elle détermine. Et il ne peut s'agir ici d'une sanction complémentaire consistant dans le retrait de l'agrément puisqu'un décret ne peut créer des sanctions pénales à peine d'inconstitutionnalité. L'on est amené à constater que le contrat fiscal risque d'interférer avec d'autres dispositions lorsque l'objet de l'engagement des entreprises contractantes est par trop éloigné des objectifs de politique industrielle.

C'est précisément ce qui se produit dans la politique d'aménagement du territoire. Nous avons vu que le développement de pôles économiques régionaux est l'un des buts de la politique industrielle. Mais la plupart des contrats fiscaux favorisant l'aménagement du territoire ont aussi l'ambition d'apporter une solution au problème de l'emploi. Ils contiennent presque tous l'obligation pour les entreprises de créer un certain nombre d'emplois nouveaux ou de maintenir des emplois existants (1). Ces contrats fiscaux conduisent par conséquent les industriels s'installant dans des régions dont l'Etat entend faciliter le développement, à présenter un programme créateur d'emplois même si cela les amène à modifier quelque peu la nature de leur production. En définitive, la distorsion créée par le contrat fiscal peut fort bien se révéler néfaste à la création du pôle industriel envisagé pour la région.

Le grand avantage des techniques directives, parmi les moyens d'intervention économique, est leur précision. L'administration peut déterminer dans ses moindres détails, avec l'entreprise, le programme d'activité et les étapes de ce programme dans le cadre d'un contrat fiscal. Cette précision permet de coordonner et d'harmoniser les actions publiques sur l'industrie de façon à faire passer dans les faits les objectifs de politique économique. Mais la technique perd sa valeur si elle permet à l'Etat d'intervenir dans l'arène économique de façon désordonnée et inconsciente. Si les obligations assumées par l'entreprise dans les contrats fiscaux poursuivent des objectifs que l'administration pourrait atteindre par d'autres moyens, le procédé risque d'interférer avec d'autres mécanismes et de rater complètement ses buts. La technique du contrat fiscal devrait être limitée à l'application de la politique industrielle.

(1) Art. 49, § 1, de la loi du 15 mars 1963 ; et décret n° 64442 du 21 mai 1964 pour la réduction des droits de mutation, art. 1473 bis C.G.I., pour l'exonération des patentes ; art. 39 quinquies D.C.G.I. pour l'amortissement exceptionnel ; art. 5 de la loi du 19 décembre 1963 pour le remploi des plus-values ; et les circulaires d'application du 21 mai 1964 (*J.O.* du 26 mai) au 6 mai 1969 (*J.O.* du 23 mai) ; voir également l'instruction ministérielle du 17 juin 1964 (*J.O.* du 24 juin).

§ 3. — LES CARACTÈRES QUE DOIT PRÉSENTER L'OBJET

L'administration s'engage à appliquer un régime fiscal de faveur, et l'entreprise promet en contrepartie un comportement déterminé. Le contrat fiscal fait ainsi naître deux obligations qui ont chacune un objet. En droit commun, l'objet doit être déterminé, ou du moins déterminable au temps de l'exécution, possible et licite. Les deux premières qualités sont nécessaires à l'exécution du contrat. Un contrat dont l'objet n'est pas déterminé ou est impossible ne pourrait être exécuté.

Ces conditions que la logique impose se retrouvent dans le contrat fiscal. Les obligations de l'entreprise qui résultent d'un contrat fiscal synallagmatique sont déterminées dans la décision de l'agrément. Or, celle-ci intervient après que l'entreprise ait présenté un dossier à l'administration, comportant des précisions économiques en réponse à un questionnaire. Le programme d'activité que l'entreprise s'engage à respecter est donc parfaitement déterminé (1). Les engagements de l'Etat résultent des textes qui organisent le mécanisme fiscal. Ils sont également très précisés, si bien que la première condition du droit commun est toujours satisfaite en notre matière.

L'objet, d'autre part, doit être possible. Une analyse superficielle peut laisser croire que le contrat fiscal est très différent du droit commun sur ce point. En effet, certains contrats fiscaux paraissent faire naître à la charge des entreprises des obligations impossibles ou qui peuvent le devenir. Ainsi, lorsque l'entreprise s'engage à accroître ses exportations en contrepartie d'un statut fiscal favorable, elle peut se révéler incapable de respecter cet engagement non en raison de son propre fait, mais à cause de l'évolution économique internationale.

Ces engagements « impossibles » ne sont pas inconnus du droit commun contractuel. Le droit civil distingue deux degrés dans l'exigence de la possibilité de l'objet. Seule fait obstacle à la validité d'un contrat l'impossibilité absolue, celle à laquelle se heurterait n'importe quel débiteur. L'impossibilité relative ne nuit pas à la validité du contrat. Si le contractant est personnellement incapable de fournir la prestation promise, cela n'entache pas le contrat. La responsabilité de ce débiteur peut être engagée pour mauvaise exécution ou inexécution, mais le contrat reste valable.

(1) La plupart des textes fiscaux prévoient que seules les entreprises dont le programme d'activité s'intègre dans les prévisions du plan peuvent conclure un contrat fiscal. Ces dispositions qui constituent en quelque sorte « la toile de fond » de la politique industrielle sont des projections de branches et peuvent conduire à douter de la précision des engagements de l'entreprise. En réalité, l'entreprise ne s'engage pas à respecter les dispositions du plan mais présente un programme d'activité qui doit être compatible avec les prévisions par branches et agréé par l'administration. L'entreprise s'engage dans le contrat fiscal à exécuter ce programme qui présente un degré de précision suffisant pour faire l'objet d'une obligation contractuelle. Cf. *supra*, pp. 95-96.

L'explication de cette solution repose sur l'un des principes fondamentaux du droit contractuel : l'équilibre entre les prestations. On peut très bien concevoir en effet qu'un contractant prenne le risque d'assumer une obligation qu'il peut se révéler incapable d'assumer, s'il estime que la contreprestation est favorable, compte tenu de l'éventuelle condamnation à exécuter par équivalent. Une entreprise peut s'engager à augmenter ses exportations dans un certain délai si elle considère le cadeau fiscal offert en échange par l'administration suffisamment intéressant, et ainsi assumer le risque d'un renversement de conjoncture internationale (1).

La troisième condition nécessaire à la validité du contrat en droit commun est la licéité de l'objet des obligations qu'il crée. Les contrats fiscaux soulèvent un problème de licéité en droit français interne, et surtout en droit européen. En fait, lorsque l'on traite de la licéité de l'objet de contrat fiscal, c'est la licéité du procédé que l'on examine. L'administration s'engage en effet à octroyer un régime fiscal de faveur aux firmes contractantes. Ceci constitue l'objet de son obligation. Mais c'est aussi le fondement de la technique : tous les contrats fiscaux organisent par définition un traitement discriminatoire. Si l'objet est illicite, la technique fiscale dans son ensemble est critiquable (2). On peut se demander si le principe d'égalité en droit interne n'interdit pas à l'administration de concéder des avantages aux entreprises de façon discriminatoire. En fait, la jurisprudence du Conseil d'Etat permet de répondre négativement, car, en matière économique, l'octroi d'un traitement de faveur à certaines firmes est légitime dès lors qu'il est inspiré par des motifs d'intérêt général, dont l'existence est au demeurant présumée. De surcroît, l'objet des engagements de l'administration est par définition licite puisqu'il est déterminé par un texte légal. En fait, dans l'état actuel de notre droit, les contrats fiscaux sont non seulement licites mais leur emploi échappe en plus à tout contrôle (3). Et si la technique fiscale est valide en elle-même, la démission des tribunaux qui conduit à en cautionner l'utilisation quelles que soient les circonstances, est tout à fait critiquable. Certes, l'administration doit jouir d'un large pouvoir discrétionnaire pour que les mécanismes d'intervention revêtent toute efficacité. C'est du reste l'une des raisons pour lesquelles la notion contractuelle est utile en la matière, de même que le principe d'autonomie de la volonté. Mais cette liberté devrait au moins être contrôlée *a posteriori* en raison des entorses au principe d'égalité qui résultent de la conclusion de contrats fiscaux. Pourtant, la jurisprudence ne se reconnaît pas le pouvoir d'examiner les raisons économiques qui ont conduit l'admini-

(1) Cf. *infra*, pp. 127-128.

(2) Cf. M. JACQUOT, thèse précitée, p. 317.

(3) Cf. M. FROMONT in « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative » (Act. jur. novembre 1966, Doct. p. 588 et s.) qui écrit : « il suffit que cette discrimination soit justifiée par des considérations d'intérêt général. Cette formule est extrêmement vague et le contrôle se ramène alors souvent à une simple recherche du détournement de pouvoir. De fait la quasi-totalité des arrêts du Conseil d'Etat qui appliquent cette jurisprudence sont des arrêts de rejet ».

nistration à octroyer un allègement fiscal (1). Une telle recherche, par le moyen technique de la cause, suppose du reste que les juges disposent de pouvoirs d'investigation étendus (2) et d'une connaissance précise des mécanismes économiques et des objectifs de la politique industrielle. Ce contrôle postule la création d'une magistrature économique.

En droit européen, le problème se pose avec plus de complexité. « Au sein du Marché commun, les agréments fiscaux, s'ils constituent une aide financière plus discrète que les subventions, n'en faussent pas moins la concurrence entre les différentes entreprises » (3). Ce sont en effet des aides, car pour l'entreprise il revient souvent au même de recevoir une aide financière positive que de bénéficier d'un allègement d'impôts. Or, ces aides sont prohibées par l'article 92 du Traité de Rome qui dispose :

« Sauf dérogations prévues par le présent Traité, sont incompatibles avec le Marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. » Cependant, parmi les mesures qui peuvent être déclarées compatibles avec le Marché commun, le même article (§ 3-C) vise les « aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ». Or, comment des dispositions fiscales particulières pourraient-elles altérer les conditions des échanges, alors que le droit fiscal des pays membres n'est pas unifié ? C'est l'inégalité fiscale entre les entreprises des différents pays membres qui fausse la concurrence entre elles. Les discriminations fiscales entre les entreprises à l'intérieur de chaque marché national ne sont pas plus critiquables que le maintien de la souveraineté fiscale des Etats membres. Certes, la disparité des régimes fiscaux en Europe ne saurait se justifier au plan des principes : elle aboutit à faire du Marché commun une zone de libre échange mais non un marché véritablement unifié, et elle est même contraire au droit européen en formation. Dans une célèbre décision, la Cour de la communauté a déclaré illégales par exemple certaines clauses d'approvisionnement (4) en raison de ce qu'elles maintenaient un fractionnement du marché européen en marchés nationaux dissociés. La disparité des régimes fiscaux aboutit en fait au même résultat. On ne peut à la fois accepter une différence de tarifs fiscaux suivant les marchés nationaux et lutter contre le fractionnement des marchés.

C'est pourtant l'état actuel des choses dans le Marché commun.

(1) T. A. Paris 5 juillet 1962 et T. A. Orléans 8 novembre 1966, précités.

(2) Rappelons que le Conseil d'Etat s'est précisément reconnu le pouvoir de demander à l'administration de produire les motifs qui l'ont conduit à prendre sa décision (C. E. 26 janvier 1968, « Maison Génestal », précité).

(3) MM. GRAINDORGE et LANGHON, précités.

(4) GRUNDIG/CONSTEN, Cour de justice 13 juillet 1966.

Dans ces conditions, on ne peut pas dire que la technique du contrat fiscal soit contraire au droit européen. Les dérogations fiscales accordées à certaines entreprises rompent la concurrence à l'intérieur du pays où les firmes devraient être soumises à l'impôt sans discrimination, mais s'insèrent dans le cadre de l'inégalité fiscale entre pays membres. Seuls pourraient les prohiber des textes particuliers qui sont peu nombreux en droit communautaire. La politique fiscale d'aide à l'exportation est limitée dans son montant afin que la ristourne n'institue pas un « dumping ». Et les exonérations des impôts directs concernant les exportations vers les autres Etats membres doivent être au préalable approuvées par le Conseil de la Communauté. Dans l'état actuel des choses, les contrats fiscaux sont licites au regard du droit communautaire, comme ils le sont en droit interne.

On peut cependant souhaiter que les dispositions fiscales soient un jour unifiées en Europe, de façon que les entreprises soient en concurrence réelle. Dans ce cas, les contrats fiscaux ne se justifieraient plus. Mais en abandonnant leur souveraineté fiscale, les Etats membres perdraient l'un des moyens les plus importants d'exécuter leur politique industrielle. Renoncer à la fiscalité nationale, c'est aussi abandonner la politique industrielle élaborée à l'échelon national. Les objectifs de la politique économique devront être définis au plan européen. Et parmi les moyens d'appliquer les objectifs, les contrats fiscaux pourraient alors avoir leur place.

Section V. — Les conditions de forme

Nous avons déjà fait allusion à la procédure de conclusion des contrats fiscaux (1). Précisons ici que les formes de conclusion du contrat fiscal sont unifiées et que les contrats fiscaux sont en général conclus sur questionnaires dûment remplis par l'entreprise intéressée. Ils peuvent également résulter de la conclusion d'une convention (2). En fait, une circulaire du 24 mars 1967 (3) indique que les demandes de convention seront désormais établies sous forme de questionnaire. C'est-à-dire qu'il ne dépend pas de la forme employée, de qualifier notre technique de « contrat fiscal » ou de « convention ». Désormais, tous les contrats fiscaux intervenant dans le secteur industriel sont conclus à la suite d'une réponse à un questionnaire.

En général, afin d'en permettre la communication aux membres de l'organisme consultatif, les demandes doivent être établies en plusieurs exemplaires. Elles doivent être adressées à la Direction générale des Impôts, ou à la Direction régionale dans le cadre de la procédure déconcentrée, si elles intéressent de petites entreprises. Les demandes doivent être déposées dès qu'un programme d'action est

(1) Cf. *supra*, p. 74 et s.

(2) Cf. P. EBRARD qui cite l'exemple des groupements d'entreprise en vue de leur adaptation au Marché commun.

(3) J.O. des 27, 28 et 29 mars 1967.

suffisamment élaboré, car la délivrance de l'agrément est en général antérieur à la réalisation de l'opération qui bénéficiera du statut favorable. Ce n'est pourtant pas une obligation, l'agrément pouvant dans certains cas être octroyé après la réalisation du programme. C'est par exemple le cas des demandes d'amortissement exceptionnel qui peuvent être déposées jusqu'à la clôture de l'exercice au cours duquel les constructions ont été achevées. Les exemplaires du questionnaire sont transmis aux membres du comité du F.D.E.S. compétent (1). Les énonciations qu'il contient sont vérifiées par le directeur départemental des Impôts dont relève la société contractante. Au cas d'octroi d'agrément, la société reçoit un exemplaire du questionnaire qu'elle a rempli, revêtu de la mention d'agrément. Le refus d'acceptation n'a pas à être motivé ; en fait, il est oralement expliqué.

Les conventions de l'ordonnance du 4 février 1959 sont conclues un peu différemment nous l'avons vu (2). Ce n'est pas un octroi d'agrément qui est communiqué à la société en cas de prise en considération de sa demande, mais un projet de convention qu'elle devra accepter en renvoyant trois exemplaires du projet, signés. La signature du ministre apposée sur ces exemplaires vaut conclusion. Conformément aux principes du droit commun, la conclusion du contrat prend date après un échange de volontés, lorsque le ministre appose sa signature sur le projet de convention tel que la firme l'a accepté. En revanche, la procédure d'octroi d'un régime d'exonération totale ou partielle de la contribution des patentes revêt une légère particularité. Le bénéfice de l'exonération ne devient effectif que lorsque les collectivités locales intéressées y ont consenti par délibération spéciale. C'est que l'exonération des patentes est une lourde charge pour leurs finances. L'installation d'une entreprise suppose la création ou l'amélioration d'une infrastructure. Dans l'état actuel de notre droit, ce sont les collectivités publiques qui assument ces dépenses. L'exonération des patentes est un mécanisme qui suscite une opération créant des charges nouvelles, mais n'augmente pas les rentrées financières. « Cet accroissement des charges ne peut donc être rejeté sur les autres entreprises antérieurement installées... » (3). On comprend qu'à tout le moins, les collectivités puissent refuser d'octroyer de telles exonérations.

La délibération est prise par le conseil général pour les impositions départementales, par le conseil municipal en ce qui concerne les impositions communales. Conformément au droit commun, elle est soumise à l'approbation de l'autorité de tutelle. On voit ici encore que si l'administration contractante peut bien conclure un contrat fiscal, elle doit encore en approuver l'opportunité en tant que puissance publique. La délibération doit préciser l'objet, le montant et la durée de l'exonération. Elle n'a effet que pour l'avenir.

(1) Sur la composition et la compétence des comités spécialisés du Conseil de direction du F.D.E.S., cf. *Statistiques et études financières*, série bleue, n° 147, mars 1961, pp. 630 à 640.

(2) *Supra*, p. 85.

(3) MM. GRAINDORGE et LANCHON, précités.

Précisons enfin que la procédure déconcentrée ne donne pas lieu à consultation d'un organe à compétence économique comme le conseil de direction du F.D.E.S. Le questionnaire doit être cependant rempli en plusieurs exemplaires, car il doit être communiqué au préfet de région qui peut y faire opposition, et être envoyé à l'administration centrale, une fois que le directeur régional a apposé la mention d'agrément. Notons que ce dernier peut toujours se dessaisir au profit de l'administration centrale d'une demande d'agrément où surgit une difficulté. En général, la procédure ordinaire de demande d'agrément dure environ trois mois ; la procédure déconcentrée six semaines.

En conclusion, ce formalisme souple des contrats fiscaux qui s'établissent par questionnaire poursuit les mêmes objectifs de rapidité et de sécurité que les conditions générales d'une police d'assurance par exemple. Il manifeste une tendance du formalisme en droit des affaires et n'est nullement incompatible avec la notion du contrat, bien au contraire.

CHAPITRE II

LES CONSÉQUENCES DU CONTRAT FISCAL

Les conditions de formation du contrat fiscal sont assez précises, nous l'avons vu, et ne s'opposent en aucune façon à celles du droit commun contractuel. La réglementation fiscale est plus vague en ce qui concerne les conséquences de la convention. Elle passe sous silence des problèmes importants. Ces lacunes, et certaines contradictions dans les textes, laissent un pouvoir discrétionnaire à l'administration sur les questions auxquelles la loi aurait dû apporter une réponse. Elles nuisent, par conséquent, à la réalisation de la politique industrielle en introduisant l'incertitude dans la teneur des droits dont jouissent les firmes contractantes. Les entreprises disposent de peu de garanties, face à l'arbitraire de l'administration. Le double impératif de sécurité et de clarté, dont nous avons dit qu'il était essentiel pour les techniques directives, n'est pas respecté.

Le régime d'exécution du contrat en droit commun, pris comme référence, permet de signaler les lacunes et illogismes de la réglementation fiscale. Bien plus, le droit des obligations n'est pas incompatible avec les dispositions législatives régissant les conséquences du contrat fiscal. Il peut donc servir de modèle et permettre de suggérer des solutions cohérentes lorsque la loi fiscale est insuffisante.

Le contrat fiscal a pour effet de créer des obligations à la charge de l'une des parties ou de chacune d'elles suivant qu'il est unilatéral ou synallagmatique. Ces obligations ont à leur tour des effets. Il importe notamment de savoir comment elles devront être exécutées et quelles sont éventuellement les conséquences de leur inexécution. Il faudra donc distinguer, comme en droit commun, les effets du contrat (section I) et l'exécution des obligations qu'il fait naître (section II).

Section I. — Les effets du contrat fiscal

Les obligations des parties, comme en droit commun, sont ce à quoi elles se sont engagées. Le comportement économique promis par l'entreprise, notamment, s'impose à elle de façon rigoureuse : les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. C'est là tout l'intérêt des techniques directives que de lier le comportement futur de la firme, alors qu'en droit français l'Etat n'a pas le pouvoir de donner de tels ordres. Mais le principe de la

force obligatoire du contrat ne peut rester absolu. Même en droit commun, lorsque les circonstances économiques viennent bouleverser les prévisions des parties et détruire l'équivalence initiale entre leurs prestations, il est permis de réviser les clauses convenues afin de rétablir l'équilibre des intérêts. La révision est indispensable à l'efficacité des contrats fiscaux. Ces conventions ont pour objectifs d'agir sur l'industrie, et pour cela doivent rester très près de la réalité économique. La possibilité de révision doit être un principe en la matière. Le problème est de trouver des éléments objectifs de révision dans le contrat fiscal. Le droit commun contractuel fournit quelques indications sur ce point (§ 1 : Les obligations nées du contrat fiscal).

Le principe général de l'autonomie de la volonté est à la base de la force obligatoire du contrat, et il est aussi la source du principe plus particulier de l'effet relatif des conventions. Le contrat ne produit effet que dans les rapports des parties, il n'en a aucun à l'égard des tiers. Ce principe fondamental du droit des obligations est valable aussi pour les contrats fiscaux. Mais ces derniers sont des « pièces de l'architecture générale de l'économie » (1) et l'on peut se demander s'ils n'ont pas d'effet obligatoire à l'égard des tiers et ne font pas naître de véritables droits à leur égard. Certes, en droit commun, le contrat est opposable aux tiers et invoquable par eux en tant qu'il a créé une situation de fait. Et il en est de même pour les contrats fiscaux. Mais il est possible que l'exécution des contrats fiscaux puisse être exigée par certains tiers. En fait, ce mécanisme est similaire à celui de la stipulation pour autrui et la comparaison avec cette dérogation au principe de l'effet relatif permet d'opérer des distinctions indispensables, en matière de contrats fiscaux, qui n'étaient pas évidentes au premier abord (§ 2 : Les personnes obligées par le contrat).

§ 1. — LES OBLIGATIONS NÉES DU CONTRAT FISCAL

En droit commun, l'article 1134 du Code civil souligne le principe de la force obligatoire du contrat, qui a la même valeur que celle de la loi. De même, la force obligatoire du contrat fiscal n'a-t-elle pas pour source la loi, comme le prétendent ceux qui sont opposés à la qualification contractuelle, mais la volonté de l'administration jointe à celle de l'entreprise. Comme pour les contrats de droit commun, elle dérive de l'autonomie des volontés. La durée des obligations nées du contrat est déterminée par l'accord des parties (I), comme l'est le contenu du contrat.

Pourtant, l'évolution économique peut s'avérer totalement différente de celle prévue par les contractants et bouleverser ainsi l'équivalence initiale entre leurs prestations. Le principe de la force obligatoire doit-il subsister dans ce cas ? (II) Le problème de la révision du contrat, qui revêt une grande importance en droit commun, doit être primordial en notre matière puisque le contrat fiscal a précisément

(1) J. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, p. 65.

pour but de faire passer les objectifs de politique industrielle avant les incitations provenant des circonstances économiques. L'intérêt de la question s'accroît encore du fait que l'évolution des conditions économiques générales peut amener le gouvernement à modifier ses objectifs économiques et ainsi réviser le contrat (1). La révision n'a pas seulement pour objectif de rétablir l'équivalence entre les prestations détruites par l'évolution économique, mais d'orienter cette évolution.

I. La durée des obligations nées du contrat fiscal

On constate, à lire les textes instituant les différents contrats fiscaux, que la durée des obligations est très variable. Cette apparente diversité conduit, en fait, à faire une distinction. Parmi les délais légaux, la plupart visent la durée d'application du régime de contrat fiscal (2). Il ne faut pas les confondre avec la durée des obligations que la convention a fait naître. La première est non contractuelle alors que la seconde constitue le terme extinctif du contrat. Rappelons que l'on définit en droit commun le terme, comme un événement futur, de réalisation certaine, auquel est subordonnée l'extinction d'une obligation. La variété la plus usuelle est le terme conventionnel, qui résulte des clauses mêmes du contrat. Il consiste le plus souvent en la fixation d'un délai qui limite les obligations stipulées. De la même façon, la durée des obligations nées du contrat fiscal est précisée dans la convention. Elle est en général de trois années, et concerne aussi bien les obligations de l'entreprise que celles de l'administration.

En revanche, les délais d'application d'un type de contrat fiscal déterminé sont fixés dans les textes légaux qui l'instituent. Ils sont de durée très variée et, très souvent, sont prorogés par une loi particulière lorsqu'ils arrivent à échéance.

En général du reste, l'administration se contente de renouveler purement et simplement le contrat fiscal arrivé à terme. Si la prorogation par la loi du régime de contrat fiscal qui réussit n'est nullement critiquable, il n'en est pas de même du terme conventionnel. On a pu reprocher en effet cette habitude administrative qui engendre « l'accoutumance » au cadeau fiscal et néglige les évolutions économiques inévitables en l'espace de trois années. La liberté contractuelle permet pourtant de négocier en détail avec l'entreprise la conclusion d'un nouveau contrat à l'échéance du précédent.

D'une façon générale, l'administration a tendance à ne pas prêter suffisamment attention au « facteur temps » lorsqu'elle utilise les techniques directives, et c'est regrettable. Lorsque le comportement promis par l'entreprise revêt une certaine durée, il arrive souvent

(1) Mestre remarquait dans sa note sous C.E., 15 juillet 1949, ville d'Elbeuf S 1950.3.61, que « maintes interventions des pouvoirs publics constituent à la fois la résultante de la situation économique générale et la cause de perturbations nouvelles dans cette situation ».

(2) Cf. par exemple l'art. 239 bis A du C.G.I. qui précise la durée pendant laquelle certaines sociétés de capitaux seront admises au régime fiscal des sociétés de personnes — voir également de B.O.C.D.-1903-II-2367.

que la firme ne respecte pas les étapes d'exécution du programme fixées dans le contrat. Les sanctions dont dispose l'administration sont en général disproportionnées avec le manquement, dont les conséquences peuvent être pourtant graves sur l'économie globale. Une solution consisterait à fixer dans le contrat, un coefficient de diminution des avantages promis à l'entreprise en fonction du retard apporté à l'exécution du programme. L'administration pouvait ainsi introduire dans le contrat une sorte d'astreinte conventionnelle. L'on constate encore que l'imagination de l'administration pourrait chercher ses sources d'inspiration dans le droit commun contractuel, et que l'efficacité de la technique y gagnerait beaucoup.

II. La révision du contrat

Le problème de la révision des contrats fiscaux est le plus souvent complètement ignoré dans la réglementation fiscale. Pourtant, la détermination de critères objectifs est essentielle. Les réajustements nécessaires en cours d'application ne doivent pas en effet conduire à une continuelle remise en cause des buts que l'on s'est fixés ; sans quoi, l'acte prospectif n'est plus qu'une simple déclaration d'intention sans aucune valeur normative (1). C'est un problème que l'on retrouve également en droit commun de concilier la stabilité du rapport contractuel, stabilité nécessaire puisque la convention est une emprise sur l'avenir, et son adaptation à une situation économique mouvante. Avant de présenter les solutions du droit des obligations que l'on peut adopter en matière fiscale, nous retracerons brièvement l'état de la question en droit commun contractuel.

Le problème de la révision des obligations se pose surtout pour les contrats à exécution successive qui exposent les parties à un certain aléa économique. Cet aléa est d'autant plus pressant que le contrat est d'une plus longue durée. Le contractant désavantagé par un bouleversement des circonstances économiques peut-il demander un réajustement du contrat ?

On sait que les jurisprudences administrative et judiciaire sont divergentes à ce propos. La Cour de cassation depuis son fameux arrêt « Canal de Craponne » (2) se fonde sur les termes mêmes de l'article 1134, et refuse de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier le consentement des parties, du moins en ce qui concerne les clauses pécuniaires. Les contractants doivent exécuter les engagements clairs et précis qu'ils ont promis. Au contraire, le Conseil d'Etat a reconnu au contractant désavantagé un droit à indemnité en raison des circonstances extra-contractuelles que l'on pourrait qualifier d'imprévues (3). Ce n'est pas à proprement parler une révision du contrat, mais la répartition entre les parties de la charge imprévue résultant du bouleversement des circonstances économiques.

(1) Cf. article précité de Chapal.

(2) Cass. 6 mars 1876-DP-76-I-197. Note Giboulot.

(3) Arrêt « Gaz de Bordeaux », C.E., 30 mars 1916-D 1916-3-25.

Le débat doctrinal auquel la position des tribunaux judiciaires a donné lieu permet d'éclairer les raisons de cette divergence. Certains auteurs ont soutenu que, par hypothèse, les parties n'auraient pas contracté aux conditions auxquelles elles l'ont faite, si elles avaient connu l'éventualité d'un bouleversement économique (1). Le principe de l'autonomie de la volonté conduit à refuser force obligatoire à une volonté qui a été obscurcie par l'imprévision, ce qui justifierait la révision. Au contraire, la doctrine dominante en droit civil se fonde sur l'analyse du mécanisme contractuel. Le contrat permet de faire abstraction du temps, il est une emprise sur l'avenir. Il organise les relations entre les parties de telle sorte que celles-ci puissent s'y fier et prévoir leur activité en fonction des obligations contractuelles considérées comme un donné stable. Les considérations économiques conduisent donc à refuser toute révision (2).

C'est également en fonction des nécessités économiques mais sous une autre optique que s'est prononcé le Conseil d'Etat. La juridiction administrative a eu le souci d'assurer la continuité du service public (3). Pour que les entreprises concessionnaires puissent poursuivre leur activité de service public, il convient de réviser les termes du contrat. On est ainsi forcé de constater que le réajustement de l'équilibre contractuel peut créer une sécurité que le bouleversement des circonstances économiques avait fait disparaître (4). Et l'argument économique se retourne contre la jurisprudence judiciaire. Car on peut soutenir en matière civile comme on l'a fait en matière administrative que « réviser la convention est souvent lui donner sa seule chance d'être exécutée », et que « l'intérêt économique du pays est, en général, plus attaché à l'exécution des contrats qu'à leur inexécution » (5). Aussi bien pour nombre d'auteurs la justification de la jurisprudence judiciaire est-elle ailleurs. La Cour de cassation a refusé d'admettre un principe général de révision car le juge n'est pas capable d'apprécier à l'occasion de l'affaire qui lui est soumise qu'elles seront les conséquences de la révision d'un contrat sur les autres conventions qu'a pu conclure l'entreprise. Les tribunaux ne pouvant apprécier l'effet de la réaction en chaîne que ne manquerait pas de produire une révision des conventions, se sont abstenus de la pratiquer (6). On ne peut agir sur l'économie que par les dispositions dont les conséquences sur le marché ont été calculées. La politique économique ne peut pas être une création jurisprudentielle. Cela explique que la Cour de cassation admette la révision des contrats qui ne peuvent avoir de répercussions

(1) L'ensemble des théories tendant à justifier la révision pour imprévision est retracé dans la thèse de Stoyanovitch-Aix 1941, p. 419. L'ouvrage fondamental sur la question est probablement la thèse du doyen Voirin, « De l'imprévision dans les rapports de droit privé », Nancy 1922.

(2) G. RIFERT, « La règle morale... », n° 84 et s.

(3) Note Hauriou sous l'arrêt « Gaz de Bordeaux », précité S-1916-3-17.

(4) Voir la thèse de Voirin, notamment p. 203 et s.

(5) J. CARBONNIER, *Manuel de droit civil*, T. II, p. 503.

(6) J. CARBONNIER, *id.*, voir également J. FLOUR, *Cours de droit civil*, précité p. 403 et s.

économiques, comme par exemple une clause attributive de compétence (1).

Il est dans la logique de la position jurisprudentielle que le législateur qui a une politique économique puisse réviser les contrats (2). Et il ne s'en prive pas. Nombre de mesures légales de révision sont des instruments de politique économique. Elles sont caractéristiques, car au lieu d'être la conséquence d'un changement de circonstances économiques, elles tendent à le provoquer. Or précisément, les contrats fiscaux sont des éléments de stratégie économique et peuvent être révisés. La possibilité d'une révision législative en raison d'un changement des circonstances économiques n'est pas incompatible avec la jurisprudence civile.

Le principe de révision peut jouer à plusieurs moments de la vie du contrat fiscal. Une « révision » peut intervenir à l'échéance du contrat, une nouvelle négociation avec les parties préparant un contrat fiscal succédant au premier. En fait, il ne s'agit pas là d'une révision mais de la conclusion d'un contrat nouveau qui peut être différent de celui qui liait les parties précédemment (3). La révision peut aussi intervenir au cours d'exécution du contrat. Le problème est alors de savoir qui fixera le nouveau point d'équilibre entre les prestations des parties. L'on peut suggérer que le contrat fiscal soit révisé par un juge spécialisé qui dispose des moyens d'investigation et d'appréciation nécessaires à sa mission. En fait, l'intervention du juge n'est pas nécessaire, et le nouveau point d'équilibre doit résulter d'une négociation entre les parties. Les techniques directives présentent la caractéristique de mettre en présence des contractants dont les intérêts ne sont pas diamétralement opposés. L'Etat n'a pas intérêt à ce que l'entreprise disparaisse, ce qui peut se produire s'il supprime purement et simplement le régime de faveur dont elle profite. Les nécessités de sa politique économique l'amènent plutôt à favoriser la compétitivité des entreprises du pays. Il sera donc contraint de rechercher un nouveau point d'équilibre avec l'entreprise qui fera valoir les conditions de son existence. Si ces conditions sont trop éloignées des besoins de la politique économique, on ne voit pas quel juge, même spécialisé, pourrait y remédier.

La révision peut intervenir essentiellement pour deux raisons. Elle peut être justifiée par une évolution de l'environnement économique de la firme contractante qui empêche celle-ci d'agir dans le sens de la politique industrielle de l'Etat, ou qui nuit à sa compétitivité. Ou bien elle peut être commandée par un changement de politique économique du gouvernement. En effet, lorsque l'Etat recourt à des procédés contractuels pour rendre effective sa politique économique, il ne

(1) Soc. 11 juin 1942-DC 1943-135, et la note.

(2) « On comprend du même coup que les raisons qui ont dicté l'abstention du juge ne soit pas toujours imposée au législateur. Celui-là ne révisé pas les contrats, parce qu'il ne peut ni ne doit jamais avoir de politique économique. Celui-ci les révisé, parce qu'il peut toujours et doit parfois en avoir une », J. FLOUR, précité p. 405.

(3) Cf. *supra*, p. 107.

renonce pas au droit de modifier cette politique dans l'avenir (1). La technique directive ne saurait en effet « geler » l'évolution de la politique industrielle. Mais dans ce cas, le changement de politique conduit à une révision de l'ensemble des contrats dans les secteurs industriels considérés.

Dans le premier cas, lorsque la révision est motivée par la survenance de faits nouveaux intéressant une entreprise déterminée, il y a lieu d'aménager le rapport contractuel. La révision ne peut pas être unilatéralement décidée et impérativement appliquée. Pour les raisons que nous avons dites, l'entreprise et l'administration devront rechercher en commun un nouveau point d'équilibre et réviser les stipulations du contrat fiscal. Mais lorsque la révision est liée à une évolution globale qui concerne tout un secteur (2), l'ensemble des contrats doit être modifié. Dans ce dernier cas se justifie une révision générale par voie législative ou réglementaire. En effet, l'emploi des techniques directives, d'interventions au coup par coup, ne prive pas l'Etat de sa fonction d'organisation de la société économique. En tant que puissance publique, il peut modifier le cadre législatif ou réglementaire qui régit un type donné de contrats, ce qui aura pour conséquence de modifier les conventions déjà conclues. Mais alors, le préjudice qui peut éventuellement en résulter pour le contractant ne donne pas droit à réparation contractuelle (3). L'Etat ayant conclu une convention avec une entreprise déterminée ne saurait être déclaré responsable de la révision de l'ensemble des conventions du même type. Sa situation est la même que celle des contractants personnes privées au cas de changement de législation, tant il est vrai que l'administration contractante n'utilise pas ses privilèges de puissance publique.

En toute hypothèse, la révision du cadre légal n'est nullement incompatible avec la notion contractuelle. Le législateur a souvent modifié le statut légal des contrats de droit privé dans le passé et cette intervention semble se multiplier. Il a été amené à maintenir les locataires dans les lieux, majorer les loyers et les fermages, augmenter les rentes viagères, élargir les délais de grâce, diminuer le montant des créances, et ce ne sont que des exemples. Les mesures légales de révision, instruments de la politique économique en droit commun, sont parfaitement naturelles dans notre matière.

Lorsque l'Etat décide de modifier les cadres légaux, les raisons du choix sont d'ordre économique comme en droit commun. Il s'agit de savoir si les moyens choisis (la révision des contrats fiscaux) permettent d'atteindre le but visé (l'application de la politique économique). L'inconvénient de telles mesures de révision réside dans l'instabilité qu'elles engendrent parmi les entreprises contractantes,

(1) C.E., 11 mai 1956, « Lesieur », Rec. 1956, p. 194 ; voir également les deux notes de A. de LAUBADERE dans la *Rev. trim. droit com.*, 1956, p. 669 et 1961, p. 354.

(2) Il peut s'agir pour l'Etat soit d'entériner les conséquences d'une évolution économique imprévue, soit de provoquer une évolution dans un secteur de l'économie.

(3) C.E., 11 mai 1956, « Lesieur » précité.

instabilité qui peut nuire à leur compétitivité et aller ainsi au rebours des objectifs économiques de l'Etat (1). Le législateur doit donc décider si l'instabilité créée par la révision est moins grave pour la politique industrielle que le maintien de la règle de droit existante.

En résumé, les révisions causées par l'évolution économique de tout un secteur, ou résultant d'un changement de politique industrielle, devraient résulter d'une mesure modifiant la réglementation des contrats fiscaux. Au contraire, le bouleversement qui n'affecte qu'une entreprise déterminée devrait conduire les parties à modifier les clauses du contrat qu'elles avaient librement stipulées à l'intérieur du cadre légal.

Dans l'état actuel des choses, l'incertitude règne sur les conditions de révision des contrats fiscaux. Il est nécessaire que le législateur précise les conditions d'une révision. La détermination de critères objectifs qui apporteraient un peu de stabilité et de sécurité dans le rapport contractuel devrait se faire conformément à cette distinction naturelle.

§ 2. — LES PERSONNES OBLIGÉES PAR LE CONTRAT

La détermination de ceux qui peuvent invoquer le contrat fiscal est un problème que les textes ignorent. En principe, et conformément au droit commun, les contrats fiscaux n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; ils ne nuisent pas aux tiers et ne leur profitent pas (2). « L'autonomie de la volonté » permet aux parties de fixer à leur gré le contenu de leur contrat, mais parallèlement ne les autorise pas à modifier les obligations des tiers. C'est là l'originalité de mesures qui tendent à faire appliquer la politique économique cas par cas, par chaque firme individuellement, sans faire intervenir la profession. Les entreprises contractantes devront chacune exécuter les engagements qu'elles ont souscrits. L'administration fiscale devra octroyer le statut favorable à chaque firme. La branche n'intervient pas en tant que telle.

Cependant, de nombreux contrats fiscaux mettent à la charge des entreprises certaines obligations concernant le marché de l'emploi. Les travailleurs, représentés par leur syndicat, sont-ils habilités à se prévaloir de ces obligations ? Le problème peut se poser de façon plus générale. Du fait que les contrats fiscaux ont l'ambition parfois de poursuivre des objectifs différents de ceux de la stricte politique industrielle et qui s'ajoutent à ceux-ci, des personnes autres que les parties au contrat fiscal peuvent être intéressées à l'exécution de ce dernier. On peut se demander si les tiers au contrat ne pourraient invoquer la conven-

(1) Cf. l'avis du Conseil économique et social, *J. O.*, 1962, p. 674. « La nécessaire stabilité des affaires et des prix et l'obligation pour les entreprises de prévoir leurs investissements plusieurs années à l'avance... doivent conduire à l'établissement de véritables contrats entre l'exécutif et l'entrepreneur pour la réalisation d'un objectif. »

(2) Art. 1165 du Code civil.

tion pour obtenir de l'entreprise l'exécution d'obligations qui les intéressent directement.

La réglementation fiscale ne donne aucune précision sur le droit des travailleurs à se prévaloir des stipulations des contrats fiscaux. C'est la comparaison avec le droit des obligations qui souligne cette lacune. Le droit des obligations est un modèle logique (1) qu'il serait facile de transposer. Il apporte une solution à des problèmes identiques et sa cohérence a été depuis longtemps éprouvée.

En droit commun contractuel, le contrat ne peut ni profiter ni nuire aux tiers (2), c'est-à-dire aux personnes qui sont complètement étrangères aux contractants et au contrat. Nous avons vu que ce principe s'applique également en notre matière. Cette règle de principe doit cependant être nuancée, et cet assouplissement reconnu par le droit commun doit être transposé au droit des contrats fiscaux car il résulte d'une analyse logique de la situation contractuelle. Le contrat en effet exerce une influence sur la situation des tiers, s'il ne peut les obliger directement. Certes, ils ne peuvent réclamer l'exécution du contrat et ne peuvent être contraints à l'exécuter car le contrat a effet relatif « en tant qu'il est générateur de créances et de dettes ». Mais il n'en demeure pas moins que la convention fait naître une situation de fait que les tiers ne peuvent éluder. Il ne peut être ignoré par personne que le contrat a rendu deux personnes créancière et débitrice. Le lien obligatoire a beau être personnel, il a un effet sur le patrimoine des contractants. Cet effet, cette situation de fait créée par le contrat est opposable aux tiers. Elle peut également leur être profitable (3).

Dans le cas particulier des contrats fiscaux qui contiennent des dispositions relatives au marché de l'emploi, il apparaît que les travailleurs sont des tiers par rapport au contrat. D'une façon plus précise, nous pouvons dire que leur situation juridique varie suivant la situation de fait : ils sont *penitus extranei* s'ils ne sont pas liés à l'entreprise par un contrat de travail et entendent seulement profiter d'une disposition du contrat fiscal qui oblige l'entreprise à créer un certain nombre d'emplois. Ils sont créanciers chirographaires s'ils sont salariés de l'entreprise et veulent s'opposer à une compression du personnel à laquelle l'entreprise avait pris l'engagement de ne pas procéder dans le contrat fiscal. Malgré leur qualité de tiers au contrat, la situation de fait créée par la technique fiscale est particulièrement importante pour eux. Certains auteurs ont même présenté cet

(1) Dans toute œuvre législative la matière des obligations constitue une partie presque essentiellement théorique et abstraite. Elle tend à se présenter dans les législations modernes comme l'expression idéale de la logique juridique », SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'Empire allemand*, troisième éd., 1925.

(2) Art. 1165 du Code civil.

(3) Cf. L. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions* (thèse Strasbourg, 1938). Les formules doctrinales varient d'un auteur à l'autre ; mais la jurisprudence utilise souvent l'idée que le contrat crée une situation de fait ou constitue un fait pur et simple. Par exemple, Com. 19 octobre 1954-D 1956 78 ; Civ. 1^{re} ; 16 mai 1960 B.I. n° 238.

« altruisme » comme étant l'une des caractéristiques des contrats directeurs de l'économie (1). Mais cet « altruisme » devrait se limiter aux répercussions d'une situation de fait. En vertu de l'effet relatif du contrat, les dispositions, même si elles intéressent le marché de l'emploi, ne devraient avoir aucun effet obligatoire à l'égard des salariés. Ces derniers ne devraient pouvoir réclamer l'exécution des obligations stipulées, pas plus qu'ils n'ont à les exécuter.

Peut-on se limiter à une telle conclusion en ce qui concerne le problème de l'effet relatif des dispositions du contrat fiscal intéressant l'emploi ? En l'état actuel de notre droit, la réponse est positive. Les textes fiscaux ont ignoré cette question, comme tant d'autres. L'incertitude qui en résulte est nuisible à la technique des contrats fiscaux et est inadmissible dans une société organisée juridiquement. Les lacunes de la réglementation fiscale devront être comblées, tôt ou tard. Cela est possible de deux façons : par source jurisprudentielle ou législative. Les tribunaux pourront décider d'appliquer le droit commun des obligations administratives ou judiciaires. Et même si le législateur décide de suppléer aux carences de sa réglementation, le droit commun des obligations ne sera pas indifférent. Pour aller plus loin, dans la solution au problème qui nous intéresse, nous devons par conséquent revenir sur les raisons qui en ont déterminé la solution en droit des obligations.

En droit commun il existe des dérogations à l'effet relatif des obligations. Dans certains cas, en effet, un contrat peut non seulement être opposable aux tiers et invocable par eux en tant qu'il a créé une situation de fait, mais peut être, à leur égard, générateur de créances et de dettes. C'est notamment l'effet des stipulations pour autrui. La stipulation pour autrui est une opération par laquelle une personne appelée le « stipulant » obtient d'une seconde au « promettant », un engagement envers un tiers que l'on appelle « tiers bénéficiaire ». Le Code civil semblait limiter cette clause à certains contrats, mais la jurisprudence civile a étendu ce domaine de validité. Cette jurisprudence est fondée sur des motifs purement rationnels puisqu'elle se justifie par un raisonnement d'induction suivi de déduction qui lui est habituel, et il est par conséquent tout à fait possible d'utiliser le même raisonnement à propos des contrats fiscaux.

Le Code civil limitait la possibilité de stipuler une donation au profit d'un tiers, aux seuls contrats par lesquels le stipulant avait acquis un intérêt à l'opération du fait qu'il avait fourni une prestation au promettant. La validité d'une stipulation pour autrui dans ce cas se fonde sur des raisons de pure logique aisément transposable en notre matière. Le stipulant dispose en effet d'un moyen de pression sur le promettant si celui-ci n'exécute pas son obligation envers le tiers, puisqu'il peut révoquer la donation. De même, l'administration pourrait-elle rapporter l'agrément, si l'entreprise n'exécutait pas l'engagement relatif au marché du travail, dans le cadre d'un contrat fiscal unilatéral.

La jurisprudence civile n'a pas voulu distinguer suivant que la pres-

(1) G. de SENNEVILLE, *L'économie contractuelle*, projet 1967.

tation était à titre gratuit ou était liée à une contrepartie dans le cadre d'un contrat synallagmatique. Dans ce type de contrat, en effet, si le stipulant est créancier, ou même s'il est débiteur et si son obligation n'est pas éteinte, il dispose d'un moyen de pression pour contraindre le promettant à exécuter ses engagements envers le tiers bénéficiaire. Finalement, la nature et l'objet du contrat sont ainsi indifférents à la validité de la stipulation pour autrui en droit civil. En droit administratif, la stipulation pour autrui joue également un rôle important. Les cahiers des charges des marchés de travaux public contiennent généralement de telles clauses au profit des ouvriers, et relatives aux salaires qui devront leur être versés. Les concessions de service public en contiennent également au profit des usagers. Au total il suffit que le stipulant soit créancier ou débiteur et n'ait pas encore exécuté son obligation pour qu'il dispose d'un moyen de pression qui justifie la possibilité d'une stipulation pour autrui. Les mêmes raisons logiques qui conduisent à introduire et à étendre la stipulation pour autrui dans le régime des obligations peuvent être invoquées pour reconnaître la validité d'une stipulation au profit des employés de l'entreprise contractante dans le cadre des contrats fiscaux.

Le problème demeure de savoir si la stipulation doit être limitée aux seuls employés de l'entreprise sans pouvoir profiter aux travailleurs recherchant un emploi lorsque la firme s'est engagée à créer des emplois nouveaux. Là encore, le raisonnement logique qui permet de désigner le tiers bénéficiaire en droit commun peut être aisément transposé. En droit des obligations le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui doit être déterminé car un droit ne peut pas naître sans que l'on sache au profit de qui. Du moins, s'il n'est pas déterminé lors de l'engagement, doit-il pouvoir l'être au jour où le bénéficiaire tentera d'exercer son droit. Ce dernier doit être déterminable. Ainsi, en droit administratif, les cahiers de charges précisent-ils que des stipulations pour autrui sont faites au profit de ceux qui seront employés par l'entreprise concessionnaire au moment où ils en demanderont l'exécution. Le contrat de travail qui les lie à l'entreprise permet de déterminer des bénéficiaires de la stipulation. Si l'on transpose en notre matière cette exigence purement rationnelle selon laquelle le tiers bénéficiaire doit être déterminable, l'on est amené à faire une distinction. Les dispositions incluses dans certains contrats fiscaux par lesquels les entreprises contractantes se sont engagées à maintenir le volume de leur main-d'œuvre pourraient être invoquées par les employés de l'entreprise qui ne respecte pas ses engagements. Ceux qui sont liés à l'entreprise par un contrat de travail au moment du licenciement sont des bénéficiaires déterminables. En revanche, ne sont pas déterminés les bénéficiaires d'un engagement pris par l'entreprise d'augmenter le niveau de l'emploi. Il n'y a en effet aucun moyen de savoir quels auraient été les bénéficiaires si l'entreprise avait respecté son obligation et augmenté sa main-d'œuvre. Il ne peut y avoir une stipulation pour autrui dans ce cas, car un droit ne peut logiquement naître sans que l'on puisse savoir au profit de qui. Les motifs rationnels qui ont conduit à adopter la distinction en droit commun sont directement applicables aux contrats fiscaux et commandent cette solution.

La même transposition de raisonnement aurait pu être faite en ce qui concerne les transmissions des contrats fiscaux, mais elle aurait été plus délicate. Le problème est de savoir si les sociétés qui absorbent une firme ayant conclu un contrat fiscal prennent lieu et place de leurs auteurs (1). Il se pose dans des termes identiques en droit des obligations : les ayants cause à titre particulier sont-ils tenus par les contrats synallagmatiques conclus par leurs auteurs ? Le parallèle aurait été ici plus difficile car, même en droit commun, la doctrine hésite sur la solution à apporter au problème (2). Aussi bien des textes particuliers résolvent la difficulté dans des cas déterminés. C'est ainsi que l'acquéreur d'une entreprise ne peut résilier les contrats de travail conclus entre son prédécesseur et les employés, ou qu'un propriétaire d'immeuble ne peut négliger les contrats de location conclus par le précédent propriétaire (3).

L'administration a résolu le problème en matière de contrats fiscaux en précisant que les sociétés qui absorbent une firme ayant conclu un contrat fiscal prennent lieu et place de celle-ci (4). La solution adoptée est donc ici la même que celle retenue en droit des obligations pour les ayants cause à titre universel. On remarquera combien le régime des contrats fiscaux gagnerait à une investigation systématique des lacunes existantes, recherche qui pourrait résulter d'un parallèle avec le droit commun des obligations. Le contenu des règles nouvelles destinées à y remédier pourrait être commandé par les raisons logiques qui supportent la solution en droit commun.

Les lacunes dans la réglementation des obligations nées des contrats fiscaux sont nombreuses, nous avons pu le constater : elles constituent aussi le trait caractéristique du régime d'exécution de ces obligations qui est pratiquement inexistant, comme nous le verrons dans une section seconde.

Section II. — Les moyens d'exécution du contrat fiscal

L'exécution volontaire des obligations résultant d'un contrat fiscal ne pose pas de problème particulier. Les parties à l'exécution sont les co-contractants, c'est-à-dire l'Etat et l'entreprise. Lorsque cette der-

(1) Le problème ne se pose en fait que pour les fusions-scissions ou les apports partiels d'actif. En effet lorsqu'une firme A a été entièrement absorbée par une firme B, cette dernière est en fait ayant cause à titre universel de la première. En revanche, la société B qui reçoit un apport de la société A n'est qu'un ayant cause à titre particulier.

(2) LEPARGNEUR, *Rev. trim. droit civil*, 1924-481, et du GARREAU DE LA MECHENIE, *Rev. trim. droit civ.*, 1944-219.

(3) Pour les contrats de travail en cours, cf. la loi du 19 juillet 1928, Art. 23, livre I du Code trav. et pour les baux l'art. 1743 du Code civil ; voir également en matière d'assurances, l'art. 19 de la loi du 13 juillet 1930.

(4) Note du 2 janvier 1968, B.O.C.D., 1962 II 3987.

nière a été « absorbée », la firme « absorbante » prend ses lieu et place, nous venons de le voir. Si l'ayant cause n'est pas en mesure d'exécuter tous les engagements de la société contractante, l'administration prendra la décision de rapporter l'agrément (1). Sous le bénéfice de cette précision, l'objet de l'exécution est ce à quoi les contractants s'étaient engagés, c'est-à-dire n'est que l'objet des obligations, ce dont nous avons déjà traité (2).

Les problèmes surgissent lorsque l'une des parties refuse d'exécuter son engagement. Mais la législation fiscale les ignore totalement ou presque. Les contrats fiscaux ne peuvent rester « hors le droit ». Pour des raisons d'efficacité et de justice, ils doivent être soumis à un régime juridique. Que ce régime soit déterminé par des lois particulières ou par des décisions juridictionnelles, le droit commun des obligations présente un intérêt. Si l'ensemble des règles applicables est précisé par les tribunaux, ils devront appliquer le droit des obligations à notre matière. Et si le législateur se décide à réglementer les contrats fiscaux, le droit contractuel fondé sur des raisons rationnelles servira de modèle. Du moins, le droit des obligations ne présentera-t-il un intérêt que s'il est adéquat au but que poursuivent les contrats fiscaux : faire passer dans les faits la politique économique de l'Etat. Nous essaierons de montrer dans cette section que c'est souvent le cas.

On distingue, en droit commun, deux modes d'exécution à la disposition du créancier lorsque le débiteur refuse d'exécuter spontanément ses obligations contractuelles. Le contractant qui n'a pas reçu la prestation promise peut obtenir une exécution forcée en nature ou bien une exécution par équivalent. Mais, pour des raisons de pure logique, la première n'est pas toujours possible. Ces raisons logiques sont valables dans la matière des contrats fiscaux et peuvent être utilisées pour délimiter les domaines de ces deux moyens d'exécution forcée.

§ 1. — L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

I. Le domaine de l'exécution forcée

En droit des obligations, le créancier jouit d'un pouvoir de contrainte à l'encontre du débiteur. Il peut le forcer à fournir la prestation même qui lui est due. Le domaine de l'exécution forcée en nature n'englobe pourtant pas toutes les obligations contractuelles. L'article 1142 du Code civil interdit « a contrario » toute exécution forcée en nature des obligations « de faire » ou « de ne pas faire » en précisant que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Alors même qu'on l'admettrait d'un point de vue éthique, la contrainte ne permettrait pas toujours d'obtenir une exécution satisfaisante, du moins lorsque le contrat a été conclu « intuitu personae ». « En effet, l'exercice

(1) Note du 2 janvier 1968 précitée.

(2) *Supra*, p. 91 et s.

d'une contrainte directe sur la personne du débiteur est souvent soit inefficace, soit contraire à la liberté individuelle. Mais ce n'est pas toujours le cas. Si les qualités personnelles du débiteur ne sont pas en cause, le créancier peut obtenir l'exécution forcée de son obligation en faisant exécuter par quelqu'un d'autre aux frais du débiteur. En somme, ce sont surtout des considérations tenant à la personne qui paralysent l'usage de moyens d'exécution forcée en nature. Or, lorsque le débiteur est une société, comme c'est souvent le cas dans notre matière, les considérations personnelles passent au second plan. Par conséquent l'interdiction d'exécution forcée en nature devrait être appliquée de façon nuancée en matière fiscale.

L'administration pourrait obtenir l'exécution forcée de certaines obligations de faire : elle pourrait par exemple inscrire d'office une dotation au bilan afin que soit réalisé un investissement que la firme avait promis. Ces solutions qui sont efficaces peuvent cependant se révéler contraire à une certaine éthique qui prend ici une résonance particulière. On peut en effet se demander si les firmes signeraient des contrats fiscaux dans lesquels l'administration peut utiliser de tels moyens d'exécution forcée !

En toute hypothèse, ni l'Etat ni l'entreprise ne sont démunis de toute garantie pour obtenir l'exécution du contrat fiscal. Lorsque l'exécution en nature n'est pas possible, le droit commun des obligations prévoit que le créancier peut obtenir une compensation sous forme de dommages-intérêts. Et si aucune allocation de dommages-intérêts ne peut réellement compenser la prestation due, le droit civil met à la disposition du créancier une série de moyens de pression qui peuvent conduire le débiteur à assurer une exécution ponctuelle « volontaire ». En droit commun, par conséquent, les obligations de faire se résolvent en dommages-intérêts si ceux-ci peuvent satisfaire le créancier ; dans le cas contraire, le créancier dispose de moyens de pression.

Ces conditions d'application de l'exécution par équivalent et de l'exécution en nature sont tout à fait compatibles avec ce que l'on attend de la technique directive fiscale. Les contrats fiscaux permettent en effet de faire passer dans les faits certains objectifs industriels, en contraignant les firmes contractantes à exécuter un programme qu'elles ont accepté de concert avec l'administration. Il est donc particulièrement important que le régime juridique applicable à l'exécution de ces contrats oblige les firmes à adopter le comportement promis. Pour l'Etat une exécution par équivalent n'aurait aucun sens. Elle n'est pas satisfaisante. En matière de politique économique, seule est valable l'exécution en nature (1). On comprend que l'Etat dispose de moyens de pression pour obtenir l'exécution ponctuelle par la firme de ses engagements. Au contraire, pour l'entreprise il revient souvent au même de bénéficier d'un allègement d'impôts ou de recevoir une prime en espèces (2). L'important pour elle est que l'équilibre financier de l'opération projetée soit respecté. L'exécution par équivalent de la

(1) M. KHALIL, thèse, *Le dirigisme économique et les contrats*, p. 93, n° 114.

(2) D. H. SCHEUING, thèse précitée, p. 150.

prestation fiscale promise par l'Etat est satisfaisante. L'allocation de dommages-intérêts joue le rôle d'une prime et vient compenser la charge d'impôts imprévue. Qui plus est, cette forme d'exécution est nécessaire à l'efficacité des contrats fiscaux. Car pour donner un contenu concret à la politique industrielle, les techniques directives assujettissent les firmes à certains comportements. Mais ces comportements doivent avoir été acceptés dans le cadre d'un contrat fiscal. Et pour exister, le contrat fiscal doit avoir été conclu. Or, on ne peut attendre d'une entreprise qu'elle renonce à sa liberté d'action économique en contrepartie d'une promesse que l'administration pourrait ne pas tenir, sans compensation financière au profit de la firme contractante. De plus, le « trou » qui en résulterait dans le programme financier de cette dernière n'est pas précisément le moyen idéal pour l'aider à atteindre les conditions de compétitivité au plan international. L'entreprise doit pouvoir obtenir une exécution par équivalent (1). L'Etat doit disposer de moyens d'exécution en nature.

II. Les moyens de pression dont dispose l'Etat

Si les moyens de pression dont dispose l'Etat ont été parfois prévus par la réglementation fiscale, ce n'est pas le cas de tous. Or, il est tout à fait inadmissible que l'administration puisse employer librement des moyens de pression sur telle ou telle entreprise. Un contrôle est nécessaire, que les tribunaux doivent instaurer d'eux-mêmes, ou que le législateur doit organiser. Les moyens de pression prévus par les textes ne sont pas d'une nature différente de ceux que peuvent employer les contractants de droit privé pour obtenir une exécution ponctuelle. Qui plus est, le droit privé contractuel suggère l'utilisation de moyens de pression nouveaux qui seraient parfaitement adaptés aux fins que poursuit le contrat fiscal.

Dans un régime socialiste, les relations entre l'Etat et les entreprises, toutes empreintes de droit public, peuvent aboutir à une exécution forcée en nature. L'Etat donne des ordres. Il peut sembler évident que le souci de « planifier » l'économie, idée d'inspiration socialiste, implique en corollaire l'usage de moyens impératifs envers les unités économiques de production. C'est bien, du reste, l'inspiration qui est à l'origine de la loi du 11 mai 1946 (2) sur les programmes de production. Ce texte autorise le gouvernement à signifier des ordres de production et à user, à l'encontre des entreprises qui refusent d'exécuter les engagements souscrits envers l'Etat, de la réquisition prévue par la loi du 11 juillet 1938. « Ces dispositions assorties de sanctions administratives, et conçues en termes généraux... si elles avaient été largement utilisées, auraient conduit à l'exécution forcée des prévisions du plan » (3). L'originalité du plan français, schéma directeur d'une économie qui n'est plus libérale, mais n'est pas socialiste, suppose

(1) Cf. *infra*, p. 123 et s.

(2) *J. O.*, 12 mai 1946, p. 4009.

(3) R. BOURDONCLE, *Régime juridique de la planification française*, S 1958, p. 33.

l'intervention de l'Etat dans les activités économiques (ce qui est conforme aux techniques socialistes) par des procédés contractuels du droit commun semblables à ceux qu'utilisent les entreprises dans une économie libérale (1). Aussi n'est-ce pas par des ordres que l'Etat entend guider l'activité des entreprises. Il pourrait imposer à son contractant un contrôle « ex ante ». Mais l'inconvénient des contrôles préalables à la décision économique qui paralysent les décisions urgentes n'est plus à démontrer. Ils ont fait l'objet de critiques dans les économies socialistes elles-mêmes. La réglementation fiscale permet d'obtenir l'exécution en nature des obligations souscrites par les entreprises dans les contrats fiscaux, par la menace de sanctions, qui sont des moyens indirects de pression. L'administration dispose en plus de pressions économiques diffuses et informulées.

A. Les pénalités, moyens indirects de pression

Lorsque l'on évoque les moyens indirects de pression en droit privé, on pense aussitôt aux astreintes. Il existe pourtant un moyen de pression qui joue un rôle important : la clause pénale. La clause pénale fixe le montant des dommages-intérêts à un moment forfaitaire auquel le créancier aura droit en cas d'inexécution. Ce montant dépasse souvent l'étendue du préjudice que les parties pouvaient prévoir lors de la conclusion du contrat. La clause pénale constitue alors un moyen indirect de pression sur le débiteur pour l'inciter à exécuter en nature. L'attribution du forfait qu'elle prévoit est soumise aux conditions d'exigibilité des dommages-intérêts. Par conséquent, le débiteur doit avoir été mis en demeure, et surtout l'inexécution du contrat doit lui être imputable. Au cas de force majeure, le montant de la clause pénale n'est pas due.

Les contrats fiscaux comportent souvent une clause qui joue le rôle de la clause pénale des contrats de droit commun. Ainsi la loi du 27 décembre 1963 dispose dans son article 54 (§ 1) que l'inexécution des engagements souscrits en vue d'obtenir un agrément administratif entraîne son retrait (2). Cette décision elle-même a pour conséquence l'application d'un intérêt calculé au taux de 0,75 % par mois de retard et compté de la date à laquelle les impôts rappelés auraient dû être acquittés si l'agrément n'avait pas été accordé. Mais précisément l'agrément a été accordé et l'entreprise avait un droit à ne pas payer ses impôts dans la mesure prévue par cet agrément. Il est impropre de parler d'intérêt de retard, puisque l'entreprise n'avait aucune obligation de payer. Le versement de cet « intérêt de retard » est en fait une pénalité. Cette sanction est stipulée dans le contrat aux fins d'inciter le débiteur à exécuter son obligation comme la clause pénale en droit commun, mais son montant augmente proportionnellement

(1) L. BUQUET, *Le plan Monnet*, D 1947-29.

(2) Voir également l'art. 9 de la loi 63628 du 2 juillet 1963 qui dispose que les droits d'impôt seront majorés de 50 % si l'entreprise bénéficiant d'une remise d'impôts ne respecte pas les engagements souscrits relatifs aux prix et conditions de vente.

avec la durée d'inexécution comme l'astreinte. De plus, en droit commun, le juge peut, au cas d'inexécution partielle, réduire à la partie inexécutée le montant du forfait que prévoit la clause (1). Le ministre des Finances, qui peut maintenir certains avantages fiscaux malgré la déchéance, dispose des mêmes pouvoirs. Pourtant, le parallèle entre le régime de la clause pénale en droit commun et celui de la sanction examinée ici fait apparaître une lacune grave. D'après quels critères le ministre peut-il opérer la réduction ? Là encore un choix devait être fait que l'on a voulu ignorer. On peut masquer le problème en qualifiant « ces intérêts de retard », de sanction fiscale attachée normalement au retard dans le paiement d'une dette d'impôt. Mais comment expliquer alors que le ministre ait le pouvoir de prononcer ou non cette sanction, de limiter le montant de la pénalité, et même de maintenir certains avantages fiscaux parmi ceux que l'administration avait promis ? Un tel pouvoir n'est-il pas contraire au principe d'égalité, introduisant entre les entreprises concurrentes des différences de régime arbitraires et inacceptables ? Une telle atteinte aux garanties traditionnelles des administrés qui constituent en quelque sorte des contrepoids à l'action publique ne peut se comprendre que si l'action administrative n'est pas assortie de ses prérogatives habituelles. Force est alors d'admettre que l'Etat agit dans le cadre de sa gestion privée, qui revêt par là même une dimension nouvelle. Dans ce domaine d'activité, il ne bénéficie d'aucune prérogative de puissance publique et conclut des contrats comme le ferait un particulier. La seule différence consiste en ce que le mobile de son activité est la poursuite de l'intérêt général, plus précisément la mise en œuvre d'une politique industrielle. La liberté de l'administration dans le cadre de la gestion privée n'est pas limitée par le principe d'égalité mais par celui de la responsabilité contractuelle. La mise en œuvre éventuelle de cette responsabilité est la « tension » nécessaire à l'efficacité de l'intervention administrative. Si l'on admet que le contrat fiscal est un mode d'action dans cette gestion privée (2), l'on comprend que le ministre puisse renoncer à exiger l'exécution intégrale de la clause pénale, en fonction des intérêts de la politique industrielle. Si l'on pense au contraire que l'Etat ne peut faire abandon de ses prérogatives de puissance publique, le principe d'égalité doit alors être respecté. Les nécessités de la politique industrielle ne peuvent prendre le pas sur les garanties fondamentales des citoyens. Il faut que les entreprises soient placées dans la même situation. Dans le problème particulier qui nous intéresse, le ministre devra réduire le montant de la sanction fiscale à la partie inexécutée des engagements de l'entreprise. C'est là le seul moyen de respecter le principe d'égalité. L'inconvénient de cette solution est le manque de souplesse difficilement supportable pour une technique qui veut faire passer dans les faits des objectifs économiques. Le fait de confier au ministre des Finances le pouvoir se fixer une pénalité,

(1) Art. 1231 du Code civil.

(2) En ce sens M. KHALIL, thèse précitée, p. 91, n° 111.

pouvoir réservé normalement aux tribunaux, serait tout autant critiquable.

Ce n'est pas le seul problème que soulève cette pénalité dite de retard, comme le souligne une comparaison avec le droit commun. En droit des obligations le montant de la clause pénale est exigible lorsque l'inexécution est imputable au débiteur. Le juge peut apprécier l'existence d'une force majeure qui déchargera le débiteur de la pénalité convenue. Certes, l'utilité normale d'une clause pénale est d'éviter un procès ; si bien que le créancier peut demander l'exécution de la pénalité indépendamment d'une décision judiciaire. Mais une contestation sur l'imputabilité de l'inexécution sera tranchée par les tribunaux. En notre matière, c'est l'administration créancière qui demande les versements des « intérêts de retard » comme le fait le créancier en droit commun pour le montant de la clause pénale. Mais qui décidera de l'imputabilité de l'inexécution ? L'entreprise débitrice devra-t-elle verser les « intérêts de retard » alors même qu'elle se prévaut d'une force majeure ?

Toutes ces questions sont complètement ignorées par les textes régissant les contrats fiscaux. Et si les tribunaux n'ont pas eu à connaître de ces points, c'est que les problèmes de compétence comme les lenteurs juridictionnelles écartent les entreprises d'un recours contentieux. Les désaccords pouvant naître entre l'entreprise et l'administration, relatifs aux modalités d'exécution du contrat, seront réglés « à l'amiable » entre les deux parties. Si cela peut s'admettre lors de la conclusion du contrat à un moment où les intérêts de l'Etat rejoignent ceux de l'entreprise, le pouvoir discrétionnaire laissé à l'administration est inadmissible lors d'un désaccord sur les modalités d'exécution du contrat, puisque ce désaccord souligne que les intérêts des parties sont alors divergents. Pour n'avoir pas organisé un ensemble de règles concernant l'exécution forcée des obligations nées du contrat fiscal, la législation fiscale laisse pouvoir discrétionnaire à l'administration qui est pourtant partie au contrat. En l'absence de dispositions légales, le tribunal compétent aurait pu du moins appliquer, par création jurisprudentielle, le droit privé des obligations qui est adéquat aux buts que poursuit la technique du contrat fiscal, nous l'avons vu. Aucun régime juridique n'ayant été déclaré applicable à notre matière, que ce soit par source législative ou jurisprudentielle, les sanctions dont dispose l'administration pour obtenir l'exécution en nature sont, en large part, hors le droit. C'est plus grave encore pour les pressions économiques.

B. Les moyens de pression informels

Pour contraindre l'entreprise à exécuter, l'administration dispose de moyens diffus, « hors le droit », comme les mises à l'index des aides publiques pour l'avenir par exemple, moyens d'autant plus efficaces qu'ils restent informulés. Mais ils constituent par là même autant d'atteintes possibles aux droits des entreprises. Si l'on pouvait reprocher au système des sanctions fiscales que nous venons d'examiner, de n'avoir même pas envisagé la possibilité pour l'entreprise d'échapper à la condamnation au cas de force majeure, du moins la sanction

est-elle déterminée dans un texte. De plus, si le ministre peut la réduire, il ne peut l'augmenter. Au contraire, les pressions informelles ne sont prévues par aucun texte, limitées par aucun régime, et sont laissées à l'arbitraire total de l'administration. Cela est tout à fait inadmissible dans une société démocratique et cela va à l'encontre des buts du contrat fiscal. S'il est important qu'il soit exécuté, il est essentiel qu'il soit conclu. La possibilité de s'exposer à ces sanctions, sans bénéficier d'aucune garantie, ne peut guère tenter les entreprises. On comprend que celles-ci se risquent à signer un contrat unilatéral qui ne comporte aucun danger de ce genre puisque seule l'administration assume une obligation mais soient très réticentes devant les contrats fiscaux synallagmatiques qui les soumettent à des engagements. Les « contrats » dans lesquels l'administration conserve son pouvoir total et discrétionnaire ne s'adressent pas aux entreprises saines et dynamiques, mais aux « laissées pour compte » de la compétition économique, qui ne peuvent survivre qu'en prenant le risque de s'abandonner à son caprice lors de l'exécution du contrat.

Comme on a pu l'écrire, « le caractère si réel et si pressant de l'évolution, qui conduit à l'élargissement de la notion de contrat, conduit à poser la question de l'organisation de la sanction des engagements pris dans la perspective d'une généralisation des pratiques d'économie contractuelle et, partant, à poser la question de la mise en place d'un organisme appelé à en connaître » (1). L'organisation de la sanction des engagements fiscaux peut être décalquée sur le droit commun des obligations. Celui-ci connaît de nombreux moyens de pression destinés à obtenir l'exécution en nature de l'obligation de faire. Le problème essentiel est que le contrat fiscal trouve son juge. Ce sont ces mêmes observations que l'on peut faire à propos de l'exécution par équivalent.

§ 2. — L'EXÉCUTION PAR ÉQUIVALENT

En droit commun, cette forme d'exécution n'intervient que lorsque l'exécution forcée en nature est impossible. Le créancier aura droit en ce cas à des dommages-intérêts, à moins que le débiteur ne puisse prouver qu'il n'a commis aucune faute contractuelle. Si les textes relatifs aux contrats fiscaux ne disposent rien de précis sur cette faculté pour l'un ou l'autre contractant, il est possible cependant de dégager dans la réglementation les principes d'une responsabilité contractuelle de l'administration que l'on pourrait mettre en forme en démarquant le droit privé des obligations.

I. La responsabilité de l'administration contractante

Le dommage subi par l'entreprise, résultant du refus opposé par l'administration d'appliquer le régime favorable auquel le contrat fiscal

(1) M. VASSEUR, « Un nouvel essort du concept contractuel », *Rev. trim. de droit civ.*, 1964, p. 46, n° 28.

donne droit, est déterminable. Il a provoqué un déséquilibre dans la trésorerie dont les conséquences peuvent être chiffrées. Il suffirait que la firme démontre la faute contractuelle de l'administration pour qu'elle puisse obtenir les dommages-intérêts qui équivalent pour elle à une déduction fiscale. Encore faut-il qu'un organe indépendant des parties au contrat détermine la responsabilité et le montant du dédommagement.

La grande majorité des auteurs dénie à l'entreprise ce droit à réparation. Ils insistent sur l'absence totale de garanties dont dispose le contribuable. Ils concluent par conséquent que les avantages fiscaux sur agréments administratifs ne revêtent aucun trait contractuel car ils ne confèrent pas de droits, mais octroient seulement des faveurs (1). Nous avons déjà remarqué que l'octroi d'agréments fiscaux était accordé de façon discrétionnaire par l'administration dans le cadre des textes fiscaux qui limitent sa liberté contractuelle. Ceci est conforme au principe d'autonomie de la volonté, cette « absence de garantie » étant celle de toute décision de contracter qui suppose un libre choix. On ne peut donc en induire une incompatibilité quelconque avec le mécanisme contractuel. Contredirait en revanche le mécanisme contractuel le pouvoir qu'aurait l'administration de retirer un agrément fiscal suivant un total arbitraire (2). Du reste, la plupart des auteurs précités, affirmant que la procédure de retrait est la même que celle d'octroi, concluent au caractère discrétionnaire des retraits d'agréments (3).

Une telle solution est contraire aux objectifs que poursuit la technique fiscale. Tout le mécanisme est fondé sur le fait que le contrat confère des droits à l'entreprise qui consent en contrepartie à renoncer partiellement à sa liberté d'action économique. Quel intérêt peut trouver une firme dans une promesse fiscale qui peut ne pas être tenue ? Si l'administration ne s'engage pas réellement dans le cadre d'un contrat, elle ne peut exiger de l'entreprise qu'elle renonce à sa liberté de choix ; cette dernière du moins ne l'acceptera pas. De plus, comme le soulignait le Conseil économique et social, « la nécessaire stabilité des affaires et des prix et l'obligation pour les entreprises de prévoir leurs investissements plusieurs années à l'avance... doivent conduire à l'établissement de véritables contrats entre l'exécutif et l'entrepreneur pour la réalisation d'un objectif » (4). L'incertitude qui résulterait du pouvoir discrétionnaire de retirer l'agrément serait contraire à la compétitivité internationale des firmes contractantes, alors pourtant que c'est là l'objectif d'arrière-plan de la politique industrielle. Enfin, si contracter c'est choisir, et si l'on a pu se montrer à juste titre soucieux du pouvoir donné à l'administration de favoriser

(1) P. EBRARD, *Les avantages fiscaux sur agréments administratifs*, p. 84 B ; en sens contraire P. GUERIN, *Bulletin des finances*, 1965, n° 32.

(2) Cf. Conseil économique et social, *J.O.* 1962, p. 674 : « Les incitations doivent être révocables pour éviter que ne s'établissent des habitudes dont le passé n'offre que trop d'exemples, mais on ne saurait admettre des révocations *ad nutum*. »

(3) P. EBRARD précité, MM. GRAINDORGE et LANCHON précités ; et P. BELTRA, M.E. précité.

(4) Conseil économique, avis précité au *J.O.*, 1962, p. 674.

certaines entreprises au détriment d'autres, une des garanties dont disposent les entreprises est que ce choix puisse avoir des conséquences néfastes pour l'administration s'il s'est avéré être mauvais. L'élaboration d'un programme de fabrication, un plan d'investissements ne peuvent être modifiés aisément ; la localisation d'une entreprise ne se fait pas au gré des événements : ces choix doivent être mûrement réfléchis. Lorsque l'administration se mêle de les infléchir, elle doit préparer soigneusement sa décision. Et il n'y a pas de choix effectué avec conscience là où l'auteur du choix n'encourt de ce fait aucune responsabilité. Il est économiquement souhaitable que l'administration assume de véritables obligations et encoure une sanction lorsqu'elle ne respecte pas ses promesses. L'efficacité de la technique fiscale suppose que l'administration ne puisse librement rapporter l'agrément.

Et, précisément, contrairement à ce qu'affirme la majorité des auteurs, la réglementation fiscale ne permet pas de lui reconnaître ce pouvoir. Les textes prévoyant la possibilité de conclure un contrat fiscal déterminent les sanctions qui peuvent être appliquées si l'entreprise refuse d'exécuter le programme promis. Parmi ces sanctions, le plus important est le retrait d'agrément. C'est pourquoi l'on peut dire que l'inexécution de ses engagements par l'entreprise est une condition suffisante du retrait d'agrément. Mais cette condition est, de plus, nécessaire et l'administration ne peut opérer ce retrait en dehors des cas prévus par les textes. Cela est évident et résulte de l'existence même de cette législation fiscale. Il ne servirait à rien de limiter le retrait d'agrément à des cas précis, d'organiser la résiliation du contrat, si l'on reconnaissait en même temps à l'administration le pouvoir de ne pas exécuter ses engagements quand elle le juge bon. Elle dispose du droit de résilier le contrat fiscal lorsque la firme refuse d'exécuter ses obligations, ou se trouve plus généralement dans un des cas de résiliation prévus par les textes fiscaux.

Le fait que l'administration n'ait pas à motiver sa décision de retrait d'agrément ne constitue nullement un argument contraire. Les conditions du retrait étant déterminées par les textes fiscaux, l'administration a le devoir de s'y soumettre. L'entreprise dispose d'un recours contentieux si l'administration fiscale s'est fondée sur des faits matériellement inexacts ou a commis une erreur de droit. Le Conseil d'Etat s'est donné le pouvoir de demander à l'administration de préciser les raisons de fait et de droit qui ont motivé la décision de refus d'agrément (1). Cette jurisprudence peut être étendue à la décision de résilier le contrat. Et le juge civil pourrait adopter les mêmes conclusions. Ce pouvoir d'investigation et le contenu des engagements assumés par la firme qui figurent au contrat fiscal permettent de contrôler que le retrait d'agrément est intervenu parce que cette dernière n'a pas exécuté ses obligations.

En définitive, l'on doit admettre que l'administration, comme l'entreprise, assume une véritable obligation contractuelle dans le contrat fiscal. Si l'un des contractants ne respecte pas ses engagements, il

(1) C.E., 26 janvier 1968, précité.

encourt une responsabilité contractuelle. Cette conclusion n'est cependant pas suffisante.

II. Le régime de responsabilité applicable

C'est une chose de constater qu'un régime de responsabilité s'attache à l'inexécution par l'un des contractants de ses obligations, c'en est une autre de déterminer quel sera ce régime. On sait qu'en droit des obligations la condamnation à dommages-intérêts du débiteur défaillant est subordonnée à l'existence d'une faute contractuelle. Mais cette faute peut être présumée, et le débiteur devra alors tenter de s'exonérer de la responsabilité de plein droit ; elle peut devoir être démontrée au contraire par le créancier sur qui pèse ainsi la charge de la preuve. Cette distinction entraîne deux régimes de responsabilité distincts.

Le régime de responsabilité en notre matière est bien évidemment totalement ignoré des textes fiscaux, mais on peut tenter d'en déterminer les éléments. Le droit privé des obligations nous servira encore de guide, car les raisons de pure logique qui fondent ce régime juridique sont valables pour toutes situations contractuelles. Elles ont été transplantées en droit contractuel administratif par exemple, si bien que le droit privé des obligations constitue une sorte de méthode générale valable pour tout rapport d'origine contractuelle et joue un peu le rôle des mathématiques dans le domaine juridique.

En droit commun contractuel, le régime de responsabilité diffère suivant que l'obligation inexécutée est une obligation de moyen ou de résultat. Le critère de la distinction entre ces deux catégories d'obligation réside principalement dans la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat. Le débiteur a pu promettre une certaine prestation à son co-contractant ; on dira qu'il a assumé une obligation de résultat. L'obligation est de moyen lorsque le débiteur s'est seulement engagé à faire de son mieux pour fournir une certaine prestation. Des difficultés surgissent lorsque les contractants n'ont pas pensé au contenu exact de leur obligation, lors de la conclusion du contrat. La tendance jurisprudentielle est alors de qualifier l'obligation litigieuse en fonction de sa nature certaine ou aléatoire (1), et du type général de contrats dont il s'agit. La faute du débiteur est présumée du fait même de l'inexécution d'une obligation de résultat. Il pourra s'exonérer de la responsabilité qui pèse ainsi sur lui en prouvant qu'un cas de force majeure est cause de l'inexécution. Au contraire, le créancier d'une obligation de moyen doit prouver la faute du débiteur.

Pour décrire le régime juridique de ces deux catégories d'obligations plus en détail, il faut aller plus loin et préciser ce que l'on entend par faute contractuelle et force majeure. Quoique les dispositions du Code civil semblent à première vue contradictoires, un fort courant

(1) Les tribunaux ont tendance à qualifier d'obligation de moyen celle dont l'accomplissement n'est pas a priori certain. Cf. par exemple Civ., 22 novembre 1950, D 1950, p. 76, et Civ., 16 janv. 1951, J.C.P., 1951 II, 6163 note Rodière.

doctrinal tend à définir ces deux concepts de façon complémentaire (1). D'une façon très générale, l'on peut dire que la faute contractuelle est l'activité du débiteur à l'origine de l'inexécution, activité qu'il aurait dû éviter dans le cadre du type de contrat considéré. Au contraire, prouver la force majeure revient à établir qu'une action extérieure à l'activité du débiteur est à l'origine de l'inexécution, ce qui montre par là même que ce dernier n'a commis aucune faute définie comme nous venons de le faire. Si bien que la distinction entre obligations de moyen et de résultat permet de faire peser la charge de la preuve sur l'une ou l'autre partie au contrat. Finalement, l'obligation de résultat est avantageuse pour le créancier auquel elle offre des garanties sérieuses. Il est assuré d'obtenir un dédommagement à moins que le débiteur ne prouve qu'il n'a pu exécuter en raison d'un cas de force majeure. L'obligation de moyen est au contraire favorable au débiteur qui échappera à toute responsabilité tant que le créancier n'aura pas démontré sa faute.

Ces quelques principes permettent de qualifier les obligations nées du contrat fiscal et de proposer en conséquence un régime juridique. Les obligations assumées par l'Etat sont des obligations de résultat. En effet, l'Etat ne s'engage pas à faire de son mieux pour appliquer à l'entreprise le traitement favorable, il promet une prestation déterminée non aléatoire. La qualification des obligations de l'entreprise est plus délicate. Rien ne permet de dire, a priori, si l'entreprise s'est seulement engagée à faire de son mieux pour respecter le programme d'activités qui a reçu l'agrément, ou a promis la réalisation de programme, quitte à assumer une responsabilité financière au cas d'échec. Deux considérations jouent en sens opposé à cet égard. Si l'on applique le critère de l'aléa, auquel nous avons fait allusion précédemment, l'on qualifiera le plus souvent d'obligations de moyen les engagements de la firme. Pour prendre un exemple, lorsque l'entreprise s'engage à accroître des exportations, on ne peut dire que ce résultat dépende de sa seule activité. L'augmentation des exportations est liée à la demande étrangère, elle est aléatoire. Mais en droit privé contractuel, on connaît des engagements a priori aléatoires qui ont été qualifiés d'obligations de résultat. Il n'est en effet pas inconcevable qu'un contractant s'engage à obtenir un résultat aléatoire, quitte à devoir verser des dommages-intérêts s'il échoue, du moment que la prestation qu'il reçoit en échange est suffisamment intéressante pour compenser les risques d'échec. Il n'est pas interdit de penser que l'entreprise, de la même façon, s'engage à accroître ses exportations, quitte à échouer et à devoir verser le montant de la clause pénale si elle ne remplit pas ses obligations en raison de la conjoncture internationale par exemple, pour peu que le régime fiscal que lui promet l'administration s'avère être pour elle particulièrement intéressant. Là encore, tout est fonction de la force incitative du régime fiscal et l'on vérifie une fois de

(1) Par exemple M. RODIÈRE a pu écrire que « prouver la force majeure c'est prouver avec certitude l'absence de faute », *Rev. trim. droit civ.*, 1954, p. 207 ; voir aussi M. TUNC, J.C.P., 1945-I-449 ; Marty et Raynaud, n° 470.

plus que le droit contractuel reflète parfaitement l'aspect psychologique des techniques employées. L'administration doit offrir ni trop ni trop peu pour inciter les entreprises à agir dans le sens qu'elle désire : l'équilibre des techniques directives est celui que détermine le contrat.

A ce point le modèle du droit des obligations ne nous est plus d'aucune aide. Il permet de cerner le problème mais la qualification des obligations des entreprises dépend d'une autre considération, les buts poursuivis par le contrat fiscal. La politique économique ne se satisfait que d'une exécution en nature, et non d'une promesse de bonne volonté. Les moyens de pression auxquels nous avons fait allusion précédemment (1) doivent être appliqués si la firme ne procure pas la prestation même qu'elle avait promise. Nous avons vu que l'obligation de résultat offre au créancier, en l'espèce l'Etat, des garanties sérieuses. Ces garanties sont de l'intérêt de la politique industrielle. Au cas d'inexécution par la firme de ses obligations, l'administration fiscale devrait être fondée à utiliser les moyens de contrainte pour obtenir l'exécution en nature, à moins que la firme ne démontre l'existence d'un cas de force majeure.

Le droit commun ne nous fournira pas d'indications très précises sur cette notion. On exige de la force majeure qu'elle présente les caractères d'imprévisibilité et d'insurmontabilité. En matière de contrats fiscaux, les événements qui peuvent empêcher l'une ou l'autre partie de remplir ses obligations sont bien souvent imprévisibles. L'idée de prévisibilité se comprend dans une perspective statique, une situation économique peu évolutive. Dans cette hypothèse, les contractants peuvent prévoir les conditions d'exécution de leur contrat qui resteront les mêmes lorsqu'il produira ses effets. Mais le contrat fiscal est un « acte prospectif ». On lui assigne comme objectif de faire passer dans les faits une politique économique, de les empreindre d'une certaine stabilité, alors qu'il s'applique par hypothèse dans une situation économique très mouvante. Les changements sont le plus souvent imprévisibles au moment de la conclusion.

Suivant que la politique économique de l'Etat sera plus ou moins souple, suivant qu'elle admettra les évolutions du marché ou les combattra, en somme suivant que la planification « à la française » sera plus proche du système libéral ou du système socialiste, la notion d'imprévisibilité sera plus ou moins sévèrement appliquée. Tout ce que l'on peut dire, c'est que cette notion dépend de la conception que se fait la nation de son système économique, et qu'elle sera en tout cas plus souple que l'imprévisibilité constitutive de force majeure en droit commun.

L'insurmontabilité sera appréciée également plus largement. On sait qu'en droit commun une difficulté d'exécution, aussi grande soit-elle, ne suffit pas à exonérer le débiteur. C'est même l'une des raisons pour lesquelles le principe de la force obligatoire du contrat commande son intangibilité, quel que soit le changement des circonstances économiques. Nous avons vu que ce principe ne s'appliquait pas avec

(1) Cf. *supra*, pp. 119 et s.

autant de force en matière de contrats fiscaux, qui doivent avant tout favoriser la compétitivité des entreprises contractantes. De même, l'insurmontabilité doit-elle être appréciée en fonction de cet impératif. Il ne faut pas exiger de l'entreprise une exécution qui la mènerait à sa perte ou même à une baisse de productivité, si ces résultats sont dus à une situation économique défavorable.

Par conséquent, si l'Etat se décidait à organiser un ordre juridique en matière de contrats fiscaux, par voie législative ou jurisprudentielle, nous pouvons supposer que la notion de force majeure devrait être appréciée plus libéralement qu'en droit commun. Au minimum, les cas constitutifs de force majeure en droit commun devraient être applicables en notre matière. La grève qui empêche l'exécution d'un certain programme d'activité peut décharger la responsabilité de la firme. L'intervention de l'autorité publique également. On peut même concevoir que le fait du prince dégage l'administration de sa responsabilité, si l'on admet qu'en contractant avec des entreprises afin d'influer sur leur comportement, elle agit comme un particulier sans prérogatives de puissance publique (1).

L'application de ce régime au contrat fiscal qui est en grande partie « hors le droit » dans le système d'interventionnisme français suppose qu'un organisme indépendant des parties apprécie la faute contractuelle et la force majeure. Nous pourrions conclure ce paragraphe sur exécution par équivalent comme nous l'avons fait pour l'exécution en nature (2). L'organisation de la sanction des engagements pris dans le cadre des contrats fiscaux pourrait être démarquée de la responsabilité contractuelle en droit privé. Ce régime concorde avec les éléments de législation fiscale existant actuellement et est adéquat aux fins que poursuit la technique du contrat fiscal. Mais pour cela, le contrat fiscal doit trouver son juge, qu'il soit de l'ordre judiciaire ou administratif ou qu'il s'agisse d'un magistrat spécialisé. Cela n'a pas pu se faire, tant en raison des difficultés d'une solution contentieuse pour l'entreprise, que de la pusillanimité des juridictions civiles et administratives qui hésitent à contrôler l'interventionnisme économique. Dans l'état actuel des choses, le refus de respecter ses engagements par l'un des contractants débouche par conséquent, non pas sur la mise en œuvre de sanctions par un juge appelé à les connaître, mais par des mesures de rétorsion du type de celles que peuvent utiliser le créancier dans le contrat synallagmatique en droit privé.

§ 3. — LES RÈGLES RELATIVES À L'EXÉCUTION DES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

La réglementation fiscale est plus explicite sur ce point que sur les précédents. La plupart des textes envisagent l'éventualité d'une inobservation par l'entreprise de ses engagements. « Lorsque les engagements

(1) Cf. *supra*, p. 111.

(2) Cf. *supra*, pp. 122 et s.

souscrits en vue d'obtenir un agrément administratif ne sont pas exécutés ou lorsque les conditions auxquelles l'octroi de ce dernier a été subordonné ne sont pas remplies, cette inexécution entraîne le retrait de l'agrément » (1). La Cour de cassation comme le Conseil d'Etat ont eu l'occasion d'appliquer ces dispositions (2) qui sont tout à fait semblables à celles du droit des obligations.

En droit commun, l'article 1184 du Code civil permet au contractant qui ne peut obtenir sa prestation de demander en justice la résolution pour inexécution du contrat. Mais il est admis que les contractants puissent inclure dans le contrat une clause de résolution de plein droit en cas d'inexécution. Dans ce cas, le débiteur ne pourra paralyser la résolution par une offre tardive d'exécution, et la résolution interviendra automatiquement sans jugement. Son seul recours sera de contester le fait matériel de l'inexécution et le tribunal juge du contrat devra rechercher si la convention a été ou non exécutée. En droit commun, donc, les parties peuvent se mettre d'accord pour résoudre le contrat au cas d'inexécution par l'une d'elles, sous réserve d'un recours aux tribunaux si une difficulté s'élève. C'est précisément le régime des contrats fiscaux, tel qu'il ressort de la loi du 27 décembre 1963 par exemple. Si l'entreprise refuse d'exécuter ses obligations, l'administration sera fondée à rapporter l'agrément. La firme peut contester le fait matériel de l'exécution. La jurisprudence du Conseil d'Etat, et il n'y a aucune raison pour que la Cour de cassation ne s'y rallie pas, devrait permettre au juge du contrat de demander à l'administration les raisons de fait et de droit qui ont motivé le retrait d'agrément comme il le fait au cas de refus d'agrément (3). Il pourrait ainsi rechercher si la convention a été ou non exécutée.

La réglementation fiscale n'envisage pas la possibilité d'une inexécution de la part de l'administration. Si les avantages fiscaux ne lui sont pas accordés, l'entreprise peut reprendre sa liberté d'action, et différer ou annuler certaines dispositions du programme qu'il restait à exécuter. Cette résolution n'empêche pas pour autant le créancier de l'obligation inexécutée d'obtenir des dommages-intérêts, si la faute contractuelle du débiteur peut être prouvée. Si l'on se décidait à soumettre la technique fiscale à un régime juridique complet, l'on devrait reconnaître par voie légale ou simplement en appliquant le droit commun des obligations le droit dont dispose la firme d'agir en justice dans ce cas et d'obtenir des dommages-intérêts. Le Conseil d'Etat a d'ores et déjà admis le principe de l'allocation de dommages et intérêts au contribuable auquel l'administration aura refusé à tort un agrément fiscal. (C.E., 28 janvier 1968, « Maison Génestal », précité.) Comme l'indique M. Blancher (commentaire de l'arrêt précité au J.C.P. 68, éd. C.I. 83186), « si l'administration a causé un préjudice, elle doit réparer tout le préjudice ». Au demeurant, l'Etat peut obtenir des dom-

(1) Loi du 27 décembre 1963, art. 54, § 1 figurant au C.G.I., art. 1756 ; cf. également l'art. 9 de la loi 63 628 du 2 juillet 1963.

(2) Com. 12 février 1968, J.C.P. 68 édi., C.I.-83 818 note Blancher ; et C.E., 10 mars 1967, « Samat et Cie », Rec. 1967, p. 113.

(3) C.E., 26 janvier 1968, précité.

mages-intérêts forfaitairement calculés en cas d'inexécution. L'article 54 de la loi précitée, qui prévoit les conditions du retrait d'agrément, en précise ainsi les conséquences : « Les personnes physiques ou morales à qui des avantages fiscaux ont été accordés du fait de l'agrément sont déchues du bénéfice desdits avantages. Les impôts dont elles ont été dispensées deviennent immédiatement exigibles nonobstant toutes dispositions contraires, sans préjudice d'un intérêt de retard calculé au taux de 0,75 % par mois et compté de la date à laquelle ils auraient dû être acquittés » (1). Ce prétendu « intérêt de retard » n'est en fait qu'une clause pénale qui évalue forfaitairement le préjudice subi par l'économie nationale (2).

On ignore tout du degré d'inexécution retenu par l'administration pour faire jouer la résolution de plein droit. En droit des obligations, l'article 1184 précité trouve à s'appliquer dès que l'inexécution est suffisamment importante par rapport à l'utilité économique que le créancier attendait du contrat. L'inexécution de certaines obligations accessoires ne donne pas lieu à résiliation. C'est également la position du Conseil d'Etat qui a reconnu « que l'inexécution par une société de l'une des dispositions *essentielles* des engagements qu'elle a souscrits soit de son propre mouvement, soit à la demande de l'administration, constitue une condition résolutoire du droit à déduction résultant de l'agrément » (3).

En fait, la résolution pour inexécution par l'entreprise de ses obligations est l'un des moyens principaux à la disposition de l'administration pour obtenir l'exécution forcée des engagements essentiels à la poursuite des objectifs de la politique industrielle. La menace du retrait d'agrément est un moyen indirect de pression et par conséquent est laissée à l'appréciation du créancier. Il en est exactement de même en droit commun des clauses de résolution automatique en cas de refus d'exécution, qui figurent dans certains contrats synallagmatiques. La différence tient à ce que le droit commun des obligations contient des dispositions très détaillées relatives à l'exécution des contrats alors que le droit fiscal est tout à fait lacunaire. De surcroît les litiges trouvent une solution devant le juge du contrat en droit commun alors que le contrat fiscal n'a pas encore « trouvé » son juge.

Conclusion

Le pouvoir de contrôle que s'est donné le Conseil d'Etat dans l'arrêt « Maison Génestal », précité, est bien timide. D'une façon générale, les juridictions tant administratives que civiles hésitent à s'ingérer dans les mécanismes d'interventionnisme. Pour remplir sa fonction et faire passer dans les faits la politique économique, le contrat fiscal doit

(1) Art. 1756, C.G.I. — Voir également l'art. 9 de la loi 63628 du 2 juillet 1963 et l'ordonnance du 4 février 1959 sur les groupements de sociétés conventionnées.

(2) *Supra*, p. 120.

(3) Avis du 4 novembre 1959, précité.

pourtant séduire les entreprises et préciser les droits dont elles disposent et les devoirs de l'administration, notamment en ce qui concerne sa responsabilité contractuelle éventuelle.

Le droit commun de l'exécution des obligations civiles fournit un modèle satisfaisant à cette fin. La conclusion des contrats fiscaux doit être également soumise à un contrôle. La technique directive porte en effet atteinte à l'égalité des administrés et modifie les conditions de concurrence. Elle ne doit être utilisée que dans des hypothèses réduites, pour promouvoir une réforme de structure, une localisation ou une production indispensable au développement industriel de la Nation. De plus, le statut de faveur doit être déterminant du comportement espéré mais ne doit pas constituer un cadeau fiscal.

Le régime juridique qui permettrait d'instaurer ce contrôle sur l'administration existe d'ores et déjà. La réglementation fiscale démarque le plus souvent le droit commun des obligations et les solutions du droit civil justifiées par des nécessités rationnelles découlant de la nature du contrat s'appliqueraient parfaitement, nous avons essayé de le montrer. Il manque une autorité indépendante des parties susceptible de mettre en œuvre ce régime juridique. Les ordres de juridictions actuellement existants joueraient imparfaitement ce rôle de contrôle dans la mesure même où ils s'autoriseraient à le faire. Le contrôle de l'interventionnisme économique suppose non seulement une connaissance précise des objectifs industriels, des moyens dont l'administration dispose aux fins d'intervention et des caractéristiques propres à son activité, mais aussi la compréhension des mécanismes de « micro-économie » et de ce qu'O. Gélénier a pu appeler « la logique industrielle » (1). C'est pourquoi l'on a pu proposer la création d'une magistrature économique (2).

En l'absence d'une telle autorité indépendante, et devant la carence des tribunaux tant de l'ordre administratif et judiciaire, qui n'ont pas eu l'occasion de déclarer le régime contractuel applicable au contrat fiscal, « le bilan » des insuffisances de la réglementation est impressionnant. Faute d'avoir distingué contrat fiscal et incitation fiscale automatique on donne à l'administration le pouvoir de stipuler des obligations particulières, restreindre ou refuser les avantages légalement attachés à un comportement déterminé, ce qui détruit le pouvoir incitatif de l'inégalité fiscale intentionnelle. Aucun contrôle ne permet d'apprécier si les traitements de faveur dans les contrats fiscaux synallagmatiques constituent ou non des « cadeaux fiscaux ». La révision n'est soumise à aucune règle. La position des salariés de l'entreprise, et plus généralement de ces créanciers, n'est pas précisée. Pourtant, le contrat ne peut manquer de modifier leur situation de fait. Les pouvoirs de la firme au cas d'inexécution sont négligés. L'administration dispose de moyens de pression informels dont elle peut user de façon

(1) O. GÉLINIER, *Secret des structures compétitives*.

(2) L'idée d'organiser une magistrature économique et sociale revient à M. BYE, in *Le pouvoir économique*, Semaine sociale de Lille, 1949. Elle a été reprise et développée par F. BLOCH-LAINÉ, in *Pour une réforme de l'entreprise*, 1949, p. 153.

totalelement arbitraire. Le régime d'exécution par équivalent est ignoré, et l'on ne sait même pas si l'entreprise pourra échapper aux sanctions administratives en invoquant la force majeure.

Si les considérations d'opportunité économique permettent de régler le conflit entre organismes publics, entre sociétés socialisées (1), seul un régime juridique précis permet de sauvegarder les droits des entreprises privées en face de l'interventionnisme public. C'est une condition nécessaire pour que l'on puisse encore prétendre que notre système économique est résolument libéral.

(1) M. DAVID, « Arbitrage du XIX^e s. et arbitrage du XX^e s. », *Mélanges Savatier*, p. 232.

TITRE II

LES CONTRATS D'AIDE FINANCIÈRE

Les aides financières accordées par l'Etat aux entreprises revêtent les formes les plus variées (1), au point que l'on a quelque difficulté à en donner une définition (2). On peut cependant opérer des regroupements et classer les aides suivant l'avantage financier qu'elles offrent. On distinguera ainsi les aides non remboursables, versements définitifs pour des motifs de secours et d'incitation, qui regroupent les primes et les indemnités ; le crédit qui permet de suppléer au manque de capitaux privés et est souvent du reste servi par une institution bancaire ; les garanties et les bonifications d'intérêts qui permettent de réduire le coût d'un financement. Ces aides, en fait, ont toutes en commun de faciliter le financement mais se distinguent par leur caractère définitif ou non, et par le degré d'intervention de l'Etat dans l'opération.

Du point de vue juridique, l'on pourrait classer les aides financières suivant les quatre catégories de mesures d'intervention auxquelles nous avons déjà fait allusion (3). L'Etat peut agir sur le comportement des individus en octroyant un régime favorable à tous ceux qui remplissent certaines conditions déterminées. L'application du statut favorable est automatique. Pour en profiter, les intéressés modifieront leurs projets de façon à entrer dans le domaine d'application de ces mesures. A ce premier groupe appartiennent les déductions d'impôts pour certaines opérations déterminées, régimes de faveur qui interviennent de façon automatique. Le deuxième groupe de mesures révèle une certaine connexité entre le comportement que l'Etat attend de l'intéressé et le régime favorable qu'il octroie. Comme dans le cas précédent, le comportement espéré est décrit à grands traits : ce sont les conditions auxquelles les intéressés doivent satisfaire pour bénéficier du statut. Mais cette soumission est nécessaire, non suffisante. L'administration apprécie en plus cas par cas, si le programme d'activité qu'on lui propose, qui satisfait aux conditions préétablies, est conforme aux objectifs de sa politique industrielle. Il s'agit d'un contrat, mais d'un contrat unilatéral. La troisième catégorie est très proche de la précédente ; la seule différence est que l'administration stipule des obligations à la charge de l'entreprise, au moment de son acceptation. Enfin, les

(1) Cf. D. H. SCHEUING, thèse précitée, pp. 30 et s.

(2) D. H. SCHEUING passe en revue les tentatives doctrinales de définition mais est conduit à formuler ce constat d'échec (thèse précitée, pp. 12 et s.).

(3) *Supra*, pp. 58 et s.

conditions préalables peuvent être très réduites : l'Etat entend alors modifier les comportements spontanés en incitant, par l'offre de certains avantages, les intéressés à prendre des engagements de comportement qu'il juge souhaitables et qu'il détermine en accord avec eux le plus souvent.

Comment se distribuent les aides financières dans cette classification quadripartite ? Une première précision permet de les écarter de la première situation mentionnée : les aides financières ne sont jamais automatiques. Comme nous l'avons déjà indiqué, la politique dite de l'affichage en matière d'aménagement du territoire ne doit pas faire illusion. Même lorsqu'elle rend publics les critères d'octroi d'avantages financiers, l'administration n'est pas liée et garde son pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, comme toutes les techniques directives, les aides financières ne participent pas de la première catégorie de mesures d'intervention décrite. L'Etat, en utilisant des techniques directives, ne se limite pas à orienter l'activité privée en instituant des inégalités de traitement automatiques entre les entreprises. L'administration dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire.

Certaines aides financières appartiennent à la deuxième catégorie décrite. L'administration ne peut stipuler aucune obligation à la charge de l'entreprise et elle est seule à s'engager. Mais elle dispose d'une grande liberté pour le faire : l'aide résulte d'un contrat unilatéral. C'est le cas, par exemple, des primes et indemnités de transfert de domicile et de réinstallation dont la demande doit être déposée dans un délai de deux ans à compter de l'arrivée du travailleur au lieu de son nouvel emploi (1).

Le plus souvent, l'administration profite de ce pouvoir discrétionnaire pour ajouter des conditions particulières à l'octroi de la prime ou la subordonner à certains engagements qui constituent des obligations contractuelles pour l'entreprise. Par exemple, l'attribution d'indemnités de décentralisation dépend de la libération d'une certaine surface de plancher dans la région parisienne et de l'installation en dehors du bassin parisien. L'entreprise doit exécuter les obligations stipulées mais tant que cela n'est pas fait l'administration n'est soumise à aucune obligation. Dans ce contrat une prestation réelle précède la formation proprement dite de la convention. C'est un contrat unilatéral car la firme n'a plus aucune obligation à exécuter une fois que l'équipement transféré a été remis en service. L'administration, et elle seule, est obligée de verser la prime promise. Par conséquent, ces aides appartiennent au deuxième groupe.

Le contrat devient bilatéral lorsque les deux obligations sont connexes. C'est le cas, par exemple, des primes de développement industriel et d'adaptation industrielle (2). Ces primes ne sont octroyées que

(1) Décret du 24 février 1964 et arrêté du 18 juillet 1967. — *J.O.* du 13 octobre, p. 10078.

(2) Le caractère contractuel de la prime de développement industriel peut n'être qu'une apparence dans certains cas puisque cette aide financière présente un caractère de « quasi » automaticité. Cf. exposé des motifs du décret 66289 du 10 mai 1966 (*J.O.* du 11 mai).

sur présentation d'un programme d'investissements et liquidées en général à mesure de sa réalisation. La connexité entre les deux obligations peut se manifester plus formellement puisque le ministre a le pouvoir de stipuler, sur proposition du Conseil de direction du Fonds de développement économique et social (F.D.E.S.) que, dans la limite de 20 % de son montant, la prime sera versée sur justification de l'engagement des dépenses afférentes au programme d'investissements considéré (1). Ces aides financières bilatérales appartiennent à la troisième catégorie décrite.

Enfin, les entreprises peuvent solliciter des aides financières dont les conditions d'octroi ne sont pas précisées dans une réglementation officielle. L'Etat octroie des prêts aux entreprises présentant des programmes d'activité que l'administration seule est à même d'apprécier. Aucune condition préalable n'est posée à leur obtention, mais la firme devra souscrire certaines obligations contractuelles négociées avec l'administration. C'est le cas des contrats de crédit consentis par le F.D.E.S. ou les établissements financiers, et des contrats de recherche en grande partie. Ces aides financières relèvent de la dernière situation décrite, celle qui s'identifie aisément avec le contrat de droit privé, du fait que le statut légal est alors très réduit. En fait, c'est surtout à propos de ces contrats que s'est discutée la question de compétence, et les tribunaux judiciaires se sont le plus souvent attribué le droit de connaître de ces aides dont la nature contractuelle est très évidente.

L'ancienneté de la technique d'une aide financière par rapport au contrat fiscal, le fait que ces aides aient donné lieu à nombre de décisions juridictionnelles, n'a pourtant pas permis de les soumettre à un régime juridique plus complet que celui des contrats fiscaux et à bien des égards les carences sont les mêmes. C'est ce que nous constaterons en examinant les conditions de formation et d'exécution des contrats d'aides financières, comme nous l'avons fait pour les contrats fiscaux.

(1) Arrêté du 21 mars 1969, *J.O.* du 30 mars, p. 3191, portant application du décret n° 69 285 de la même date.

CHAPITRE I

LES CONDITIONS DE FORMATION DES CONTRATS D'AIDE FINANCIÈRE

En matière fiscale les textes législatifs revêtent une certaine importance du fait que le Parlement dispose d'une large compétence pour ce qui concerne l'impôt. Nous avons vu au surplus que le législateur fiscal, suivant en cela une tendance de la législation contemporaine, tente souvent de concilier l'aspect incitatif du statut légal avec les obligations contractuelles résultant de la technique directive. Par conséquent, les conditions légales de formation des contrats fiscaux que doivent respecter l'administration et les entreprises sont assez nombreuses et détaillées.

Les règles d'origine législative sont beaucoup moins nombreuses dans le régime juridique des aides financières. Certes, avant 1958, les règles relatives aux prêts et primes alloués aux firmes privées étaient le plus souvent prévues par une loi ou des textes qui trouvaient leur fondement dans la loi. Ces règles étaient obligatoires pour l'administration comme pour l'entreprise. Ce n'est désormais plus le cas. Le régime des aides financières est fixé par décrets, souvent signés par plusieurs ministres, par arrêtés ou simplement découlent d'une tradition administrative. Un auteur a pu faire remarquer que l'aide à la recherche échappait à toute réglementation officielle (1).

L'administration dispose non seulement du pouvoir de réglementer les techniques d'aides, mais en détermine l'orientation générale. Le Parlement a un rôle très discret dans la procédure. Certes, il est appelé à voter le montant des crédits octroyés dans les lois de finances car les avances et les prêts, qui sont par nature des charges temporaires, sont pourtant classés parmi les ressources et les charges permanentes de l'Etat depuis le 2 janvier 1959 (2), et à ce titre doivent être autorisés par le Parlement. Mais d'une part, certains prêts figurent dans des comptes spéciaux comme ceux du F.D.E.S., d'autre part, le Parlement vote un montant de crédits pour des postes de dépense très larges. De surcroît, les autorisations peuvent être rectifiées par des « collectifs » ; d'une façon générale, la règle de l'annualité est aménagée par les autorisations de programme. L'administration dispose donc de tous pouvoirs dans le cadre d'un contrôle général et global exercé par le Parlement.

(1) D. H. SCHEUING, thèse précitée, p. 215.

(2) J.O. du 3 janvier 1959.

La réglementation applicable aux aides financières, édictée ou modifiée au fur et à mesure des besoins, est protéiforme, mais elle cache une communauté d'inspiration qui résulte de ce que les techniques d'aide sont des contrats qui permettent une intervention très précise sur les mécanismes économiques. L'on peut ainsi dégager des traits communs aux différentes mesures d'assistance. Ainsi sont-elles octroyées par un ministre au nom de l'Etat, mais l'aspect de technique économique est tel que la décision ministérielle est préparée par des commissions spécialisées. Parfois même, l'avis d'une commission est suffisant pour engager l'Etat dans un contrat d'aide (section I).

La diversité des régimes d'aide résulte aussi du degré de liberté dont disposent les parties pour fixer le contenu du contrat. Cette « liberté contractuelle » dérive, comme le consensualisme, du principe d'autonomie de la volonté. Et de fait, le mécanisme de l'accord des volontés dans les régimes d'aide publique est très proche de celui qui préside à la formation du contrat en droit commun. Le mécanisme et le contenu de l'accord des volontés feront l'objet de la section II.

La diversité des aides se marque enfin dans l'objet des engagements qu'assument les parties. L'aide financière qu'apporte l'Etat recouvre des formes diverses : aide gratuite, prêt, octroi de garantie, etc. En contrepartie, l'entreprise peut s'engager à adopter un comportement satisfaisant pour les objectifs de politique économique, quels qu'ils soient. Les promesses de la firme à cet égard n'interfèrent pas, comme en matière fiscale, avec l'assiette de l'impôt. Nous étudierons l'objet des engagements dans la section III.

Section I. — Les personnes habilitées à contracter

Les contrats d'aide financière ne mettent en relation que deux personnes : un agent de l'administration qui conclut le contrat au nom de l'Etat et une firme qui reçoit l'assistance financière. Encore ceci n'est-il vrai que dans la mesure où l'on met à part les conventions professionnelles dont l'essentiel des dispositions est d'ordre financier, mais qui constituent un ensemble d'interventions de l'Etat tout à fait particulier. Il s'agit donc ici seulement de déterminer quel est l'agent de l'administration qui peut conclure un contrat d'aide financier au nom de l'Etat (§ 1) et quelles sont les firmes qui peuvent recevoir une assistance financière (§ 2).

§ 1. — L'AGENT DE L'ADMINISTRATION COMPÉTENT

Les textes réglementaires donnent en principe compétence au ministre des Finances et des Affaires économiques pour octroyer le régime de faveur. En fait, le ministre se contente d'entériner purement

et simplement les avis de commissions spécialisées (1) ; parfois même, il délègue sa signature au président de ces comités qui prend personnellement la décision. Le ministre ne décide lui-même qu'à titre exceptionnel. Il suffit pour s'en convaincre de passer en revue les organes compétents pour octroyer les diverses aides financières à l'industrie.

I. Les primes et subventions sont accordées par décision du ministre de l'Economie et des Finances, après avis du conseil de direction du F.D.E.S. Ce conseil lui-même coordonne l'avis des administrations spécialisées avec celui de l'administration des finances. Le rôle de décision joué par ce conseil est souligné dans l'arrêté du 21 mars 1969 portant application du décret n° 69 285 de la même date, qui affirme cette compétence pour les primes de développement industriel et les primes d'adaptation industrielle. On peut en effet y lire que ces primes sont calculées en pourcentage « des charges d'investissement exposées par les entreprises intéressées et retenues par le conseil de direction du F.D.E.S. » (article 1). De même est-ce sur proposition du F.D.E.S. que le ministre peut déclarer que la prime sera versée sur justification d'une partie des dépenses afférentes au programme d'investissements.

Une délégation de pouvoirs est organisée au profit des préfets de région pour les programmes d'investissements inférieurs à un certain montant par le décret n° 69 287 du 21 mars 1969 (2).

II. Les indemnités de décentralisation sont accordées généralement par le ministre sur avis du même conseil de direction (3).

III. Le régime des aides à la main-d'œuvre est plus complexe. Les primes et indemnités prévues à l'article 3 du décret du 24 février 1964 sont accordées par le directeur régional du travail et de la main-d'œuvre. Les aides en nature pour la formation et la réadaptation professionnelles résultent soit d'une convention de formation avec le Fonds National de l'Emploi, soit d'un contrat de réadaptation avec le F.D.E.S.

IV. L'Etat ou les collectivités locales peuvent accorder des aides spécifiques qui résultent de conventions d'implantation industrielle. Ainsi, est-ce la Délégation à l'Aménagement du Territoire et à l'Action Régionale (D.A.T.A.R.) qui intervient directement en matière de logement avec la dotation dont elle dispose à cet effet. Le ministère des Postes et Télécommunications peut faciliter l'établissement de lignes téléphoniques et autres équipements. Enfin, divers organismes régionaux, collectivités publiques, mixtes ou même privées, peuvent intervenir pour favoriser les opérations de développement économique local.

V. Les entreprises peuvent à titre exceptionnel avoir recours au F.D.E.S. pour obtenir les capitaux nécessaires à leurs investissements,

(1) Voir par exemple MM. BIZOGUET et GAULLIER, « Le trésor public, son fonctionnement et son rôle », *Rev. du Trésor*, 1961, p. 277.

(2) *J.O.* du 30 mars 1969, p. 3186.

(3) Art. 3 du décret n° 64 441 du 21 mai 1964.

mais le crédit est normalement consenti par les banques. Dans le premier cas cependant, la décision n'émane pas toujours des mêmes services. Que ce soit les programmes d'investissements tendant à faciliter l'adaptation à la concurrence des secteurs d'activité particulièrement touchés par l'accroissement des charges de main-d'œuvre, ceux qui mettent en œuvre des technologies de pointe, ceux qui tendent au renforcement d'activités industrielles fondamentales, dans lesquels les positions de l'industrie française sont anormalement faibles, et ceux enfin qui améliorent de façon exemplaire les structures industrielles, tous les prêts afférents à ces programmes doivent être sollicités au ministère de l'Industrie. Un groupe de travail siégeant au ministère de l'Economie et des Finances élimine les demandes jugées non valables après un examen rapide. Le comité spécialisé compétent du conseil de direction du F.D.E.S. donne son avis, et les demandes jugées recevables au plan des objectifs de politique industrielle sont transmises aux établissements de crédits spécialisés pour étude financière et décision définitive. Les prêts devant profiter aux programmes d'investissements ayant pour effet de permettre la création d'emplois dans des régions en développement ou en conversion doivent être demandés à la D.A.T.A.R. La décision est prise comme il a été dit précédemment.

VI. Il arrive parfois, c'est le cas de l'assurance crédit, à l'exportation, que le ministre ne soit même pas consulté. En pratique, c'est la commission des garanties et du crédit au commerce extérieur qui prend la décision.

VII. Les contrats de financement de la recherche qui permettent à l'Etat de prendre à sa charge une part des risques assumés par les industriels pour appliquer des procédés et matériel de laboratoire, sont conclus à la suite d'une procédure complexe : l'instruction technique du dossier est assurée par les comités spécialisés de la Délégation générale à la Recherche scientifique qui apprécient les qualités d'innovation et perspectives de succès, le montant des dépenses inscrites au projet et les modalités de remboursement. L'instruction financière est assurée par le Crédit national. Elle donne lieu à un rapport examiné par le F.D.E.S. qui donne un avis définitif sur les dossiers en fonction de l'intérêt économique des programmes et des capacités financières de l'entreprise. Sur cet avis, la convention est conclue entre le ministre des Finances et de l'Economie et le ministre de la Recherche scientifique. Le Crédit national est chargé, à la suite de cette convention, de consentir l'avance pour le compte de l'Etat. Cette procédure résulte d'une simple instruction ministérielle du 20 février 1965.

C'est également un comité créé spécialement par arrêté ministériel auprès du délégué général à la recherche scientifique et technique qui choisit les projets de recherche dignes d'être financés, arrête chaque année les programmes généraux de recherche, choisit les projets de recherche pouvant être financés, en précise les modalités. Sur ses avis, sont conclus les contrats de recherche financés par le Fonds de la Recherche scientifique.

En conclusion, si les ministres sont en général compétents pour

octroyer une aide financière au nom de l'Etat, l'équilibre financier des projets présentés, leur intérêt au regard de la politique industrielle sont appréciés par des commissions spécialisées. A leur égard, le ministre dispose d'une liberté comparable à celle dont dispose le juge par rapport à l'expert : il n'est en fait lié que par l'avis technique. L'intervention de ces comités est une garantie d'objectivité, la seule dont disposent les intéressés. Encore cette garantie est-elle parfois délicate à mettre en œuvre. Ainsi peut-il se poser le problème de la comptabilité entre les connaissances techniques des membres, acquises dans le secteur privé, et leur nécessaire indépendance à l'égard des firmes privées ; c'est cet équilibre qui est recherché dans les comités scientifiques précités.

§ 2. — LA CAPACITÉ DE L'ENTREPRISE CONTRACTANTE

Dans le cadre des conventions professionnelles, l'Etat peut signer des contrats d'aide financière avec des secteurs de l'industrie. Les accords sont très complexes, offrent toute une gamme d'assistances à la branche aidée et font intervenir les organismes corporatifs ; ils constituent à eux seuls un régime directif.

Si l'on excepte ces conventions professionnelles qui sont de nature différente des simples contrats d'aides financières, ces dernières sont seulement conclues avec des entreprises individuellement. Les branches professionnelles ne jouent aucun rôle, la firme négociant l'aide réclamée et le contenu des obligations corrélatives avec l'administration.

Seules, les entreprises individuelles ont capacité pour conclure un tel contrat et, en règle générale, toutes les entreprises sont habilitées à le faire. La réglementation fiscale est, nous l'avons vu, précise et détaillée sur les conditions que doivent remplir les firmes pour conclure un contrat fiscal. Ces conditions, différentes pour chaque contrat fiscal, résultent de ce que l'impôt qu'allège le contrat fiscal est « assis » sur certaines opérations et catégories de firmes. De plus, en énonçant un ensemble de conditions à remplir pour pouvoir conclure un contrat fiscal, la législation a une valeur d'incitation. Au contraire, aucune disposition ne vient limiter la capacité des entreprises à s'engager dans des contrats d'aide financière. Par là, se marque déjà la différence importante entre les contrats financiers et les contrats fiscaux, différence qui porte sur la part que chacun d'eux font au statut légal. « L'adaptation à la fonction » que permettait de contrôler la notion de capacité en matière fiscale, ne résulte pas de textes généraux. L'administration appréciera cas par cas si l'activité et les caractéristiques de l'entreprise contractante sont adéquates aux objectifs de la politique industrielle (1).

(1) C'est pourquoi les conditions que doivent remplir les entreprises pour bénéficier d'un prêt du F.D.E.S. sont assez vagues et ne déterminent en aucune façon la capacité de l'entreprise pour contracter comme le fait la législation fiscale. Les entreprises doivent être en règle à l'égard des administrations fiscales

La grande liberté dont dispose l'administration en notre matière lui permet d'effectuer le choix du contractant sans aucune contrainte législative (1). Cette autonomie de volonté est particulièrement marquée dans l'échange des consentements qui conduit à la conclusion des contrats d'aides financières.

Section II. — L'accord des volontés dans le contrat d'aide financière

Le contenu des volontés, dans la technique que nous étudions, n'est pas inséré dans un cadre légal comme c'est le cas des contrats fiscaux. Il est presque entièrement libre, si bien que la qualification contractuelle de notre technique est en général admise en doctrine (§ 2). On retrouve pourtant les réticences d'un certain nombre d'auteurs devant la qualification contractuelle des techniques d'aide financière. Mais au lieu d'être une critique de l'idée de contrat comme c'était le cas en matière fiscale, cette réticence se manifeste ici par une limitation de la qualification contractuelle à une partie de la technique d'aide financière. Le mécanisme de conclusion notamment serait de nature extra-contractuelle (§ 1).

§ 1. — LE MÉCANISME DE L'ACCORD DES VOLONTÉS

En général, on distingue deux phases dans l'octroi de crédits publics, une phase d'instruction et une phase d'exécution (2). Mais l'on a voulu donner une nature totalement différente à chacun des stades de la procédure. Le mécanisme serait composé d'une première phase au cours de laquelle les commissions administratives instruiraient unilatéralement la demande. Cette phase se terminerait par la décision du ministre et serait purement unilatérale. Elle serait suivie d'une phase d'exécution, dans laquelle un établissement spécialisé conclut avec l'entreprise un contrat de garantie ou de crédit suivant des pratiques commerciales courantes. Les conditions d'exécution du contrat sont, elles aussi, soumises au droit commercial (3).

et sociales ; leur signature ne doit pas avoir été écartée par la Banque de France ; elles doivent enfin jouir d'une bonne réputation sur le plan technique, financier et social.

(1) Cependant une mesure administrative ne peut refuser pour l'avenir l'accès d'une entreprise aux aides publiques. Cf. C.E., 25 mai 1962, « Fédération Sportive du travail, Rec., p. 348.

(2) Cf. par exemple les conclusions de M. GRÉVISSE dans C.E., 18 octobre 1957, « Société industrielle pour l'utilisation du béton », D 1957 S-737.

(3) D. H. SCHEUING, thèse précitée, p. 733. Cet auteur reconnaît cependant une certaine nature contractuelle à la phase d'instruction dans la procédure d'aide, en démontrant que l'administration s'engage parfois à cette occasion dans les liens d'un avant-contrat, *id.*, p. 388.

L'analyse est très semblable à celle que certains auteurs ont faite de la procédure de conclusion du contrat fiscal. Comme dans cette dernière technique, le processus d'établissement d'un contrat d'aide financière ne ferait aucune part à la volonté de l'entreprise. Une fois qu'elle a demandé à profiter du régime de faveur, elle n'a plus qu'à attendre la décision unilatérale de l'administration. A la différence du contrat fiscal cependant, et en raison de l'intervention d'une institution bancaire pour le versement de l'aide financière, on est contraint d'admettre qu'il y a un aspect contractuel dans la technique que nous étudions. L'on a donc imaginé de couper la procédure de conclusion en deux phases au lieu de refuser purement et simplement la qualification contractuelle comme on l'a fait dans le contrat fiscal.

En réalité, la prétendue phase administrative d'instruction fait sa part à la volonté de l'entreprise. Certes, lorsque la firme présente à l'administration un programme économique et en contrepartie demande une aide financière, l'administration étudie la demande. Mais cette « phase d'instruction » est aussi celle à laquelle se livre un contractant en droit commun, lorsqu'il décide s'il doit ou non accepter une offre qui lui est faite. Quoique aucun texte n'impose à l'administration d'utiliser une procédure contradictoire à ce stade, il est admis que le F.D.E.S. par exemple discute souvent avec l'entreprise des éléments du contrat à venir (1). L'administration ne peut pas demander n'importe quoi, n'importe comment aux firmes qui sollicitent une aide financière. Et les administrations concernées peuvent prendre contact avec les entreprises demanderesse.

De surcroît, lorsqu'elle demande à l'entreprise certains engagements qui ne figurent pas dans le régime ordinaire de la catégorie d'aides examinée, l'administration devient pollicitante, et l'entreprise devra donner son consentement aux nouvelles obligations contractuelles. Le contenu du contrat s'élabore à la suite des propositions et contre-propositions typiquement contractuelles, ce qu'attestent du reste quelques documents administratifs. Certaines notes d'information diffusées auprès des entreprises recommandent ainsi aux firmes désireuses d'obtenir une prime d'adaptation industrielle, de soumettre un dossier sommaire à l'administration avant d'établir un dossier complet afin que cette dernière prenne une décision de principe dans le délai d'un mois et éventuellement suggère des modifications au projet initial.

L'intérêt principal des techniques d'aide financière, comme du reste toutes les techniques directives, est d'amener les firmes à accepter un programme d'activité satisfaisant au regard des objectifs de la politique industrielle. Ce qui intéresse l'Etat, c'est l'engagement que prendront les firmes d'adopter un comportement déterminé. Car, dans un régime économique libéral, l'administration ne saurait donner des ordres aux entreprises privées. Et le contrat permet d'obtenir ce que

(1) Cf. D. H. SCHEUING, thèse précitée, p. 294. A cette occasion du reste, il est demandé aux entreprises de faire preuve de la plus parfaite franchise et précisé que les préoccupations des services techniques ne recouvrent pas celles des administrations fiscales.

l'acte administratif unilatéral ne peut faire. Le contrat est un accord de volontés qui fait naître « un certain assujettissement de la personne à la personne » (1). L'assujettissement de l'entreprise aux objectifs de la politique industrielle résulte d'un accord de volontés. Comment peut-on admettre que l'obligation de respecter un programme économique, d'adopter un comportement déterminé, obligations qui figurent dans la plupart des contrats d'aides financières puissent être imposées unilatéralement par l'administration ? Elles résultent en réalité d'un accord de volontés. Il est par conséquent artificiel de distinguer une phase d'instruction et une phase de conclusion dans l'échange des volontés : à la fin de la prétendue phase d'instruction, le contrat d'aide financière est déjà conclu entre l'administration et l'entreprise. Il y a bien deux phases dans la procédure, mais elles sont toutes deux de nature contractuelle. Comme en droit commun, ces contrats d'aide financière comportent une période de formation et une période au cours de laquelle ils produisent leurs effets. Comment les contrats sont-ils formés ?

Comme nous l'avons déjà fait remarquer pour les contrats fiscaux, ce n'est pas l'ensemble des textes qui prévoient la possibilité de demander une aide financière de l'Etat, qui peut valoir offre de convention. Ces textes ne sont jamais suffisamment précis pour constituer une pollicitation. Lorsque par exemple, l'Etat offre un avantage financier aux entreprises réalisant des programmes d'investissement augmentant la technologie d'une branche de production, il ne s'agit pas d'une pollicitation. L'offre au sens strict consistera dans un programme d'investissements détaillés que l'entreprise proposera à l'administration. Même les textes relatifs à l'aménagement du territoire, qui sont en général particulièrement précis, ne peuvent constituer une offre. Ils peuvent indiquer le pourcentage d'investissements que financera l'Etat et la forme de cette aide, mais pour que l'obligation de l'administration soit déterminée, il faut appliquer ce pourcentage au programme d'investissements de l'entreprise. De surcroît, l'administration peut limiter le montant de l'aide prévue en deçà de ce que les textes disposent, ou au contraire l'augmenter dans la mesure du moins où l'autorité qui prend la décision n'est pas hiérarchiquement inférieure à celle qui a signé le texte.

Le premier acte de la procédure qui présente une précision suffisante pour être qualifié de pollicitation est la demande de l'entreprise qui dépose un programme économique précis et sollicite un montant d'aides financières. L'administration peut faire une contreproposition, en stipulant des obligations particulières, et l'entreprise devra manifester son acceptation pour que le contrat soit formé. Selon les cas donc, l'administration ou l'entreprise fait une offre précise de contracter, et le contrat est formé par l'acceptation de l'autre intéressé. Mais le contrat est conclu soit par la décision ministérielle, soit par l'acceptation par la firme des obligations qu'elle comporte à son endroit.

(1) M. CARBONNIER, *Précis de droit civil*, Thémis, t. II, p. 35, n° 13.

A la fin de la prétendue phase d'instruction, le contrat est d'ores et déjà formé.

Ce que l'on a pu appeler la « phase de formation » n'est en fait que l'exécution du contrat d'aide financière. L'engagement de l'Etat, qui est d'octroyer un régime financier avantageux à son contractant, peut être exécuté par un organe financier public ou une institution financière non publique mandatée par l'Etat. Le versement financier n'est que l'exécution par l'Etat de son obligation. Les contrats que passe le Crédit national par exemple avec les emprunteurs sont conclus par l'établissement financier agissant en tant que mandataire de l'Etat (1). Le Crédit national peut introduire toutes les clauses et conditions qu'il estimera nécessaires pour l'exécution de son mandat, notamment deux dispositions qui visent les modalités de remboursement du prêt (2). L'institution financière ne peut en aucun cas soumettre l'entreprise à des obligations satisfaisantes au regard de la politique économique. En effet, ces obligations ont été précisées et acceptées lors de la conclusion du contrat. Elle est seulement mandatée pour servir les sommes avancées, c'est-à-dire exécuter le contrat d'aide.

Nous pouvons illustrer cette analyse par l'exemple de l'assurance à l'exportation. Sur la demande d'une firme qui désire prospecter un marché étranger et limiter ses risques, l'Etat peut s'engager à fournir une assurance. L'entreprise devra en contrepartie accepter d'exécuter un certain programme d'activités exportatrices, qui a été suggéré, modifié ou entériné par l'administration. A ce moment même, le contrat est conclu. L'exécution de ce contrat liant la firme et l'Etat se fera par l'accomplissement des opérations d'exportation prévues pour ce qui est des obligations de la firme. L'exécution des obligations de l'Etat sera la souscription d'une police d'assurance auprès de la C.O.F.A.C.E. Mais l'accord de volonté est antérieur.

Nous croyons ainsi avoir montré que la prétendue « phase d'instruction » du contrat d'aide n'est purement et simplement que la conclusion de la convention.

§ 2. — LE CONTENU DE L'ACCORD DES VOLONTÉS

La liberté contractuelle est importante, les règles légales relatives aux aides financières étant désormais à peu près inexistantes (3). Cela ne veut pas dire que l'administration dispose d'un total pouvoir discrétionnaire, à chaque conclusion d'un contrat d'aide. Elle est liée par les textes réglementaires existants, et ne peut que les modifier. Mais selon les types de contrats, la réglementation est plus ou moins

(1) Art. 1 de l'avenant du 2 avril 1970 à la convention du 31 décembre 1948, signée entre l'Etat et le Crédit national.

(2) *Idem*, art. 1.

(3) Cf. *supra*, pp. 138 et s.

précise, si bien que les aides financières se distribuent dans la classification quadripartite que nous avons précédemment proposée.

Dans certains cas, les conditions à remplir pour bénéficier d'un statut favorable sont nombreuses et les avantages que l'entreprise peut obtenir très détaillés. L'énoncé de ces conditions suffit à orienter le comportement des intéressés. En se soumettant à ces conditions pour bénéficier du régime, les firmes concourent aux objectifs de la politique industrielle. Point n'est alors besoin de stipuler en plus des obligations particulières tendant à modifier leur comportement. Leur activité s'est « spontanément » infléchie dans le sens souhaité. Seul l'Etat s'engage : il promet d'appliquer le régime de faveur. La technique est unilatérale mais reste un contrat que l'administration, comme l'entreprise, est libre de conclure ou non. De surcroît, la première peut toujours mettre des obligations à la charge des secondes, ce qu'elle n'a pas le pouvoir de faire par acte administratif unilatéral. Ce pouvoir discrétionnaire est du reste critiquable du point de vue de l'efficacité de l'incitation. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer (1), l'incitation perd de sa force si l'entreprise n'est pas assurée de bénéficier des avantages divers pour l'obtention desquels elle s'est pliée à certaines conditions. Le contrat purement unilatéral est une anomalie parmi les techniques directives (2).

Le plus souvent, l'octroi d'avantages financiers est la contrepartie d'engagements que peut prendre l'entreprise, intéressant son comportement futur. La teneur de ces obligations, proprement contractuelles puisque l'administration ne peut les imposer de façon unilatérale, peut résulter soit de la réglementation relative au type de contrats considérés, soit d'une négociation particulière avec l'administration. Pour obtenir l'avantage promis qui est l'objet d'une obligation contractuelle de l'Etat, l'entreprise devra d'abord se soumettre aux conditions énoncées par les textes, puis s'engager dans le contrat d'aide à exécuter ces obligations. Les aides fournies dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire sont souvent de cette nature. Pour en bénéficier, les firmes devront se soumettre aux conditions imposées par les textes. Mais elles devront souvent accepter en plus, des engagements portant sur leurs programmes d'emplois ou d'investissements. C'est cette acceptation qui vaut conclusion au contrat d'aide.

Enfin, certaines aides résultent d'un accord de volonté librement exprimé. Les conditions requises pour en bénéficier sont très réduites, le montant et les formes de l'aide sont déterminés en fonction des besoins de l'entreprise et les engagements de cette dernière résultent d'une négociation entre les deux contractants. Cette catégorie n'incite pas les entreprises à agir, par l'énoncé de conditions précises, le comportement attendu résulte d'un engagement contractuel. C'est ainsi que les contrats de prêts ne sont en général soumis à aucune condition

(1) Cf. *supra*. p. 61.

(2) La prime de développement industriel est à la limite du contrat unilatéral et de la réglementation incitative car elle revêt un caractère de « quasi-automatisme ». Rapport au Premier ministre, décret 66 289 du 10 mai 1966.

particulière. Seules, quelques directives résultent de textes administratifs, afin d'écartier des demandes dans lesquelles le programme de l'entreprise n'aurait vraiment aucun intérêt.

Cette large liberté dont dispose l'administration appelle un pouvoir de contrôle « *a posteriori* ». A cet égard, le problème est le même pour les contrats fiscaux. Un contrôle de l'octroi des aides financières ne peut résulter d'un contrôle de légalité classique. D'une part, ce contrôle est inconcevable dans un domaine où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Et ce serait incompatible avec la souplesse nécessaire de l'intervention économique d'insérer l'action publique dans un cadre de légalité stricte. D'autre part, le seul contrôle possible lorsque l'administration dispose du pouvoir discrétionnaire est le contrôle par le but et lui seul. L'agent a-t-il entendu réaliser l'intérêt public ? Mais, en matière économique, les intentions importent peu. Ce qui compte, c'est que l'administration ait utilisé les moyens les moins onéreux pour permettre d'atteindre le plus efficacement les objectifs de la politique industrielle déterminés par ailleurs. Le moyen technique d'exercer ce contrôle *a posteriori* est l'examen de la cause objective. On recherchera si l'aide financière ne constituait pas un « cadeau pour l'entreprise » dépassant ce qui était suffisant pour lui faire accepter le comportement demandé par l'Etat. Seule l'équivalence des prestations justifie le contrat d'aide financière.

L'autre conséquence de la liberté contractuelle dont disposent les parties est la possibilité de déterminer sans aucune entrave l'objet du contrat d'aide.

Section III. — L'objet des contrats d'aides financières

L'absence de textes précis limitant la liberté des contractants dans la détermination de leurs obligations réciproques, conduit à une certaine diversité dans l'objet des engagements assumés, mais aussi pose un problème d'information sur la teneur des obligations assumées par les entreprises (§ 1) ou l'administration (§ 2). Les différentes revues professionnelles et les contrats d'aide à l'aménagement du territoire permettent cependant de retracer le contenu des engagements. Au plan juridique un problème important se rattache à l'analyse de l'objet des contrats d'aide. Par hypothèse, l'assistance financière de l'Etat est réservée à ses contractants et refusée aux autres entreprises. L'objet de l'engagement souscrit par l'administration est par conséquent d'organiser un régime discriminatoire aux entreprises. Ceci conduit à s'interroger sur la licéité de tout le mécanisme. Ce problème qui ne se posait pas de façon trop aiguë en matière fiscale, où les contrats sont obligatoirement prévus par une loi, prend toute son ampleur dans notre matière puisque les textes la régissant sont essentiellement d'origine non législative. Et la licéité des aides publiques est de plus particulièrement discutable en droit européen (§ 3).

§ 1. — L'OBJET DES OBLIGATIONS DE LA FIRME

Les obligations assumées par la firme sont de deux sortes, les engagements financiers et les engagements sociaux ou économiques. Les premiers tendent à assurer la sécurité de prêt. Les prêts du F.D.E.S. sont souvent subordonnés à un apport en fonds propres, la surface financière de l'entreprise étant initialement insuffisante. Ils comportent également un échancier. Enfin, l'établissement prêteur peut prendre les sûretés nécessaires : hypothèque, nantissement ou sûreté personnelle. Les sûretés doivent garantir le remboursement sans éliminer cependant les avantages du prêt. Le F.D.E.S. se contente souvent de sûretés médiocres : il n'est pas prêteur sur gage, et les objectifs économiques sont plus importants que les objectifs financiers. Ce sont ces engagements de nature économique ou sociale que l'on étudiera plus spécialement ici.

Les obligations de la firme contractante consistent à exécuter un programme économique particulièrement relevant au regard des objectifs de la politique économique. Il n'est, par conséquent, guère surprenant que l'on puisse regrouper les différents objets des obligations des firmes autour de ces objectifs.

a) L'aménagement du territoire.

Nous avons vu antérieurement (1) qu'il ne suffisait en général pas d'inciter les firmes à venir s'installer par de simples aides financières, dans une région donnée. La région doit également offrir des perspectives de développement, rassembler plusieurs entreprises dont les activités sont complémentaires, et permettre des économies d'échelle. La politique d'aménagement du territoire suppose que l'on favorise la création de « pôles de croissance ». A cette fin, une simple aide financière ne suffit pas, l'Etat doit de plus inciter au développement de certaines activités particulières, notamment d'activités de pointe. C'est la raison pour laquelle certains contrats d'aides financières en matière d'aménagement du territoire combinent les incitations à la localisation et les incitations à entreprendre certaines activités nouvelles, particulièrement des activités de recherche-développement.

b) Le renforcement d'activités fondamentales.

Dans le cadre de cette politique, les contrats qui permettent aux entreprises d'obtenir des primes de développement industriel (2) mettent à la charge des contractants l'obligation d'appliquer un programme d'investissements déterminé. Ce programme devra permettre la création d'activités nouvelles ou une extension d'activités dans

(1) Cf. *supra*, pp. 42 et s.

(2) Décret n° 64 440 du 21 mai 1964.

des départements déterminés (1). Il doit s'agir d'activités industrielles ou de recherche-développement. Le montant des investissements est également pris en considération ainsi que le nombre d'emplois créés. Des aménagements sont prévus dans les régions à économie rurale dominante, pour lesquelles les exigences sont moindres ou même purement et simplement supprimées pour les créations « qui présentent un intérêt particulier au regard du développement économique régional ». La durée de la période d'exécution des dépenses d'investissement retenues pour le calcul de la prime est limitée (2). Et comme la demande de concours financier doit être déposée avant l'exécution du programme et que la réalisation de l'aide intervient avant que les dépenses d'investissement soient complètement engagées, on conclura évidemment que l'obligation de l'entreprise est connexe avec celle de l'administration, et que le contrat est synallagmatique.

Ces aides s'insèrent dans la politique d'aménagement du territoire, puisque leur montant dépend de la zone dans laquelle la firme contractante entend créer ou remettre en marche un établissement ou bien encore étendre un centre d'exploitation antérieur. Mais elles ne se limitent pas à simplement orienter la localisation d'entreprises. Les contrats d'aide financière prennent en effet en considération, nous venons de le voir, l'activité industrielle que l'entreprise entend développer, et les efforts de recherche-développement. L'objectif de l'administration est de créer des pôles de développement industriel dans certaines régions en insistant particulièrement sur l'implantation des secteurs industriels en développement.

En revanche, les primes d'adaptation industrielles prévues par le même décret visent plutôt à éviter le développement des problèmes sociaux dans certaines zones. Plutôt que de créer un pôle de développement, l'ambition de cette catégorie d'aides est d'essayer d'éviter des problèmes d'emplois. Dans le cadre de ces contrats, les entreprises, en effet, proposent un programme d'investissements qui doit permettre le reclassement ou le maintien du personnel dans des zones où le déclin des activités traditionnelles pose des problèmes d'une exceptionnelle gravité pour le reclassement de la main-d'œuvre. Ce programme d'investissements doit atteindre un certain montant et aboutir à créer ou à maintenir un nombre déterminé d'emplois. Comme le précédent, ce contrat est synallagmatique et la prestation de l'Etat est connexe avec celle de l'entreprise (3).

(1) L'exposé des motifs du décret n° 64 440 du 21 mai 1964 instituant la prime de développement industriel précise qu'elle « serait accordée aux entreprises qui réalisent des investissements créateurs d'emplois, sous les seules réserves que leurs projets offrent les garanties techniques, financières et commerciales voulues et qu'ils correspondent aux conditions d'implantation et de taille assurant un développement équilibré des agglomérations et la bonne utilisation des zones industrielles ».

(2) Trois ans dans le cas de création d'établissement ou de remise en marche et deux ans et demi seulement dans le cas d'extension.

(3) La réglementation des primes de développement industriel et d'adaptation industrielle résulte actuellement des décrets n° 69 285, 69 286 et 69 287 du 21 mars 1969 (*J.O.* du 30 mars) ainsi que l'arrêté du 21 mars 1969 (*J.O.* du 30 mars) qui en porte application.

Dans le cadre de l'aménagement du territoire et se mêlant encore avec le souci de former les travailleurs, corollaire d'une politique de développement économique, les conventions d'aide à la formation professionnelle permettent de laisser à l'Etat une part du financement de la reconversion. Ces contrats supposent que l'entreprise intéressée décentralise ses activités. La firme doit s'engager à assurer la formation professionnelle et faire un effort d'encadrement pédagogique (1).

c) L'amélioration des structures de gestion.

L'objectif d'aménagement du territoire s'ajoute à celui de l'amélioration des structures des entreprises dans la plupart des contrats de prêt du F.D.E.S. (2). Dans le cadre de ces contrats, les entreprises emprunteuses doivent en effet s'engager à respecter un programme d'investissements présentant un intérêt particulier au plan de l'aménagement du territoire et de l'adaptation des structures industrielles. Encore faut-il que ces programmes ne puissent être financés par des ressources non bancaires. Cette dernière précision laisse supposer que l'objet de l'obligation assumée par la firme consiste en l'exécution d'un programme qui présente des risques trop importants pour tenter le crédit bancaire. Cette exigence se retrouve dans des actions d'incitation conjoncturelle.

En 1968 par exemple, le gouvernement a affecté 250 millions de francs « au financement d'opérations capables de créer des emplois dans certaines régions ou d'améliorer la compétitivité des entreprises par une modernisation ou une restructuration exemplaire ». Les entreprises devaient déposer leur demande entre le 1^{er} octobre et le 31 décembre 1968. Les programmes proposés devaient permettre, soit de créer des emplois industriels nouveaux dans des zones déterminées, soit d'améliorer les structures industrielles. Dans le premier cas, les entreprises pouvaient être amenées à prendre des engagements de reclassement. L'administration avait bien précisé que ces prêts du F.D.E.S. devaient servir au financement de dépenses dont l'importance dépassait les ressources d'autofinancement et les possibilités offertes par les crédits bancaires à moyen terme.

(1) Ainsi l'entreprise doit-elle désigner des moniteurs parmi son personnel qualifié qui, après un stage pédagogique, deviendront instructeurs. Elle doit encore mettre à la disposition du personnel enseigné les locaux, machines et matières premières nécessaires. Loi n° 63 124 du 18 décembre 1963 sur le Fonds national de l'emploi ; décrets n° 54 951 du 14 septembre 1954 (*J.O.* du 23 septembre) ; n° 54-1212 du 6 décembre de la même année (*J.O.* du 7 décembre 1954), n° 60 338 du 8 avril 1960 (*J.O.* du 9 avril) ; voir également dans le cadre des aides en faveur de la main-d'œuvre les arrêtés du 15 juillet 1955 (*J.O.* du 2 août) et du 18 juillet 1967 (*J.O.* du 13 octobre).

(2) Parmi les obligations assumées par la firme lorsqu'elle contracte avec le F.D.E.S. figurent des engagements aussi variés que la réalisation d'une augmentation du capital, l'obtention de crédits privés à moyen terme, le maintien des concours financiers d'un tiers, la promesse d'accroître les exportations, l'engagement de ne pas modifier son patrimoine sans autorisation préalable, l'austérité financière, etc. Cf. à cet égard M. VASSEUR, *Droit de la réforme*, précité, p. 326.

Dans tous les cas, les engagements en matière sociale ne sont pas négligés. Les entreprises doivent respecter la législation des licenciements et passer une convention avec le Fonds national pour l'emploi, si elle décide de réduire ses effectifs. Au cas d'augmentation des effectifs, l'embauche doit être effectuée en liaison avec les services de la main-d'œuvre.

d) L'augmentation de la recherche.

Les contrats d'aide à la recherche et au développement sont caractéristiques par l'imprécision qui entoure l'objet de l'engagement assumé par la firme. Cela est particulièrement frappant lorsque l'on examine les aides à la recherche fondamentale ; cette imprécision dans les objectifs s'explique par l'aléa inhérent à toute activité de recherche. Elle n'invalide pas cependant l'objet du contrat. En effet, les contrats d'aide à la recherche déterminent des buts à atteindre et constituent ainsi une convention cadre au sein de laquelle le détail des obligations des entreprises sera précisé par des contrats particuliers à durée plus courte et renouvelables. Certes, les contrats d'aide à un programme de recherche font naître une obligation à la charge de la firme, dont l'objet est d'exécuter les projets exposés. Mais ils n'imposent pas la réalisation stricte des objectifs qu'ils prévoient. Les résultats obtenus par les chercheurs seront toujours susceptibles d'être discutés et appréciés par les comités scientifiques de surveillance. Le contrat est vraiment un cadre de concertation et son emprise sur l'avenir ne consiste pas tant à assigner un objectif déterminé et précisé à chacun des contractants, mais à les obliger à se rencontrer et discuter de leurs engagements réciproques. En quelque sorte, le contrat les contraint à se mettre par avance d'accord sur les termes d'un désaccord éventuel. La notion de contrat se dilue lorsque l'administration concerte très étroitement l'action de plusieurs laboratoires, et surveille de très près l'évolution des travaux de recherche. La détermination des objectifs s'effectue ainsi de façon concertée, et l'objet de l'engagement de la firme est indéterminé, mais précisé au fur et à mesure de l'exécution du contrat. Il s'agit là d'un cas limite car il se crée presque une société mixte de recherche qui remplace le lien contractuel.

Plus couramment, le contrat d'aide scientifique est découpé « en tranches » de dix-huit mois à deux ans et les objectifs que s'engage à atteindre la firme contractante sont fixés à trois ou quatre ans. L'objet de l'obligation de l'entreprise est de poursuivre les objectifs généraux fixés d'un commun accord. A la fin de chaque « tranche » de temps, le contrat sera renouvelé après un examen des résultats provisoires obtenus.

L'objet de l'obligation est le même dans les contrats par lesquels l'entreprise reçoit des avances remboursables au cas de succès. La différence principale réside dans l'état d'avancement du programme, les contrats de prêts précités s'adressant plus particulièrement à des recherches dont l'exploitation commerciale n'est pas imminente ; alors que ces avances remboursables intéressent surtout des activités de développement de la recherche.

e) *Le développement des exportations.*

Parmi les objectifs de la politique industrielle, le développement des exportations est le seul qui n'ait pas encore été cité au titre des aides financières. Ce but de la politique économique fait également l'objet d'aides financières, soit que l'administration apporte directement des fonds (1), soit qu'elle se limite, comme c'est souvent le cas, à financer une assurance du marché avec l'étranger. L'objet de l'obligation de l'entreprise est alors d'entreprendre les exportations ou d'effectuer une prospection des marchés extérieurs suivant le programme économique présenté à l'administration.

Le comportement économique promis par la firme contractante et qui constitue l'objet de l'obligation qu'elle souscrit dans le cadre d'un contrat d'aide financière, n'est pas seulement appréciée sous l'angle des besoins de la politique industrielle. Lors de la période de négociation qui précède la conclusion du contrat, l'administration étudie aussi les chances de réussite du projet et sa rentabilité financière. Il ne servirait à rien d'inciter à entreprendre la réalisation d'un programme que la firme ne pourrait mener à son terme. Aussi, les différentes aides ne peuvent être obtenues que si le plan de financement est équilibré. Les firmes doivent donc s'assurer avant toute demande d'aide, de pouvoir obtenir les autres crédits nécessaires. C'est que l'objet de l'obligation administrative n'est pas de financer toute l'opération projetée, comme nous allons le voir dans le prochain paragraphe.

§ 2. — L'OBJET DES OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATION

La caractéristique essentielle de l'aide publique aux entreprises privées vient de ce qu'elle n'est que complémentaire d'un financement privé. Les primes par exemple ne sont octroyées que si le plan de financement est équilibré. Les entreprises doivent donc s'assurer avant toute demande de contrat, de pouvoir obtenir les autres crédits nécessaires. De même, l'action du F.D.E.S. est « une action supplétive et complémentaire que les pouvoirs publics ont conçu comme une action de caractère temporaire destinée à être relayée un jour ou l'autre par celle du marché financier et des établissements spécialisés » (2). Au moment de la conclusion du contrat même, les prêts « ne sont accordés qu'à titre d'appoint, si les besoins ne peuvent être satisfaits raisonnablement par les moyens de l'autofinancement, du marché financier et des prêts bancaires » (3).

(1) Parfois l'administration, sans financer directement l'opération, octroie des bonifications d'intérêt qui rendront accessibles des prêts privés. La bonification d'intérêt est alors subordonnée à l'obligation pour l'entreprise de consacrer un pourcentage en chiffre d'affaires à l'exportation. Cf. M. VASSEUR, *Droit de la réforme...*, p. 316.

(2) M. VASSEUR, *Droit de la réforme...*, précité, p. 314.

(3) A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, T. III, p. 442, n° 752-1°.

Par conséquent, dans le cadre de la détermination de l'objet des obligations administratives, il convient de préciser non seulement la forme que doit prendre l'aide financière à laquelle s'engage l'Etat, mais encore le montant de cette aide.

Les contrats octroyant des primes aux entreprises privées font naître à la charge de l'administration l'obligation de verser des aides financières gratuites en pourcentage des charges d'investissements exposés par les firmes intéressées. Ce pourcentage est, en ce qui concerne les primes de développement, fonction des zones dans lesquelles se déroule l'activité de la firme contractante. Pour les primes d'adaptation industrielle, il dépend de l'intérêt économique de l'opération projetée et de l'importance des reclassements offerts aux personnes en chômage. Les besoins du marché de l'emploi n'étant jamais négligés en matière d'aménagement du territoire, le montant global de ces aides ne doit pas dépasser un plafond qui dépend du nombre d'emplois créés. Ces limites ont été augmentées à titre provisoire, ce qui a eu pour effet d'accélérer les extensions d'établissements envisagés qui ont bénéficié d'avantages particuliers avant le 31 décembre 1969.

De façon similaire, les aides à la formation de la main-d'œuvre ne couvrent qu'une partie des dépenses engagées à l'occasion de la formation du personnel, par les entreprises qui créent ou décentralisent un établissement en province. Elles permettent, en plus, de rembourser à l'employeur les paiements effectués à l'occasion du transfert de domicile des travailleurs en exécution d'une convention collective, d'un accord d'établissement ou d'un contrat de travail. Cette obligation, qui résulte du contrat d'aide financière, est subordonnée à plusieurs conditions. Le déplacement des travailleurs doit s'inscrire dans le cadre d'une opération de décentralisation approuvée par les pouvoirs publics et comportant la suppression des emplois du « lieu de départ ». L'administration ne peut conclure de tels contrats qu'avec les firmes en demandant le bénéfice au profit des travailleurs qui se réinstallent dans un lieu distant de plus de vingt kilomètres de leurs anciens domiciles. On peut encore constater sur cet exemple précis que lorsque l'administration prend un engagement dans le cadre d'un contrat unilatéral (1), les conditions préalables que doit remplir l'entreprise sont nombreuses et détaillées de façon à susciter le comportement que l'on attend d'elle. Dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration ne se justifie pas, il est même nuisible à l'effet d'incitation de cette technique (2) et pourrait être supprimé. Ce régime d'aide perdrait dès lors tout rattachement avec le concept contractuel et deviendrait une simple mesure unilatérale et automatique d'incitation.

A l'opposé de ces aides quasi automatiques, se trouve la catégorie des aides à la recherche scientifique et technique. L'objet des obligations de l'Etat dans ces contrats d'aide est le financement d'une pro-

(1) Ce qui est le cas des contrats d'aide au déplacement de la main-d'œuvre puisque, pour que l'entreprise puisse bénéficier des primes et indemnités, le travailleur doit être arrivé au lieu de son nouvel emploi, *supra*, p. 209.

(2) *Supra*, pp. 61 et 147.

portion de toutes les catégories de dépenses, salaires, indemnités, matériels, équipements, constructions que supposent les opérations de recherche. Le caractère aléatoire de ces activités oblige à une détermination cas par cas de l'objet des obligations assumées de part et d'autre, souvent même conduit à organiser une procédure de révision conventionnelle. C'est ainsi, par exemple, que le virement de crédits d'une catégorie de dépenses à l'autre peut être effectué très facilement. En définitive, l'objet de l'obligation de l'administration se précise au fur et à mesure de l'exécution du contrat tout en restant à l'intérieur d'une enveloppe globale déterminée lors de la conclusion. Là encore, l'aide n'est que partielle, mais elle est cependant plus importante que celles examinées précédemment puisqu'elle peut atteindre 50 % du coût des opérations.

Lorsque le programme de recherche est proche de la commercialisation, l'objet de l'obligation publique devient moins désintéressé. L'engagement de l'administration prend encore la forme d'une aide financière, mais cet apport de capitaux n'est pas obligatoirement opéré à fonds perdus. Les contrats de recherche-développement permettent en effet d'associer l'Etat aux risques assumés par l'industriel lorsqu'il entreprend des programmes qui tendent à faire déboucher sur le plan industriel et commercial, les procédés et matériels mis au point en laboratoire. L'Etat peut prendre en charge la moitié des dépenses du programme, sous forme d'avance. Le remboursement s'effectuera, en cas de succès, par prélèvement d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires et sur les redevances de licences, majoré d'une prime qui correspond à la rémunération du capital prêté. L'obligation de l'engagement administratif prend donc en considération les aspects commerciaux de l'opération projetée, et se rapproche ainsi des prêts offerts par le secteur bancaire.

La similitude entre l'engagement de l'administration et celui d'une banque privée est à peu près totale en ce qui concerne les prêts octroyés par le canal du F.D.E.S. ou des instituts financiers spécialisés. L'objet de l'obligation assumée par l'administration est alors d'opérer le versement d'une certaine masse monétaire à titre de prêt. Ce prêt est assorti d'un taux d'intérêt qui n'est pas uniformément déterminé, mais dépend de l'opération qu'il doit financer (1). Si l'on garde présent à l'esprit l'importance du contrôle dont dispose l'Etat sur le crédit bancaire, notamment par l'intermédiaire du Conseil national du Crédit, on ne peut que constater la similitude de ces prêts sur fonds publics avec les prêts sur fonds privés. Le crédit est le secteur stratégique de l'intervention économique de l'Etat, qu'il provienne d'instituts financiers publics ou de banques privées. La symbiose entre ces deux catégories de crédits à l'industrie est particulièrement marquée dans les contrats par lesquels l'Etat garantit le remboursement d'emprunts

(1) Le taux d'intérêt est déterminé dans la convention que passe l'Etat avec le crédit national et reproduit dans le contrat entre cette institution et la firme. Les taux d'intérêts exigés par le F.D.E.S. sont moins chers de deux points et demi en moyenne, que ceux du crédit national, et de la caisse centrale de crédit hôtelier ou des S.D.R.

effectués par l'entreprise. La garantie de l'Etat a pour but principal d'inciter le crédit bancaire à financer certaines opérations conformes aux objectifs de la politique économique ou bien de permettre une diminution des taux d'intérêts exigés par ces programmes (1). Les garanties du Trésor, qui peuvent conduire au versement des deniers de l'Etat (2), doivent être autorisées par la loi comme le sont les prêts à l'industrie.

Enfin, l'Etat peut s'obliger à fournir non pas une aide en numéraire, mais une aide en nature. Cette forme d'aide est particulière à la politique d'aménagement du territoire. C'est ainsi que la Délégation à l'aménagement du territoire (D.A.T.A.R.) peut offrir des logements lorsque les besoins ne peuvent être satisfaits en temps utile par les programmes normaux des départements. Les collectivités et organismes locaux peuvent intervenir de façon semblable pour favoriser certaines opérations de développement économique local.

L'objet de l'engagement administratif peut donc prendre des formes très différentes en matière d'aide financière. Quoique toujours limitée à un pourcentage de l'opération projetée, cette aide publique n'introduit pas moins volontairement une grande inégalité entre les entreprises. C'est la raison pour laquelle on peut s'interroger sur la licéité de l'engagement administratif et des contrats d'aide financière en général.

§ 3. — LA LICÉITÉ DES AIDES FINANCIÈRES

L'octroi d'avantages particuliers qui contredisent le principe de libre concurrence semble rigoureusement incompatible tant avec les règles du droit français que du droit européen. Pourtant, toutes les aides sectorielles reposent sur une différence de traitement entre les entreprises, différence de traitement suffisante pour inciter certains à contracter et renoncer ainsi à une part de leur liberté de gestion. Le problème de licéité est donc inhérent à toutes les techniques directives d'intervention.

I. La licéité en droit interne

Le problème de la licéité des contrats fiscaux par rapport au droit français ne se pose qu'accessoirement puisque, nous l'avons vu, la loi est seule compétente pour créer une catégorie déterminée de contrats fiscaux. Nous avons au contraire remarqué précédemment que les contrats d'aide financière ne reposent plus sur une base législative précise depuis 1958 et que leurs mécanismes étaient le plus souvent déterminés par des textes de nature réglementaire. Le problème de

(1) Ce résultat est obtenu directement par l'octroi de bonifications d'intérêt, cf. par exemple art. 84 de la loi du 4 août 1956 ; voir également M. VASSEUR, *Droit de la réforme*, précité, pp. 136 et s.

(2) Il semble que cela ait été souvent le cas au moins dans le passé ; cf. Rapport de la Cour des Comptes, 1953-1954, p. 112.

savoir si ces textes sont licites, si l'objet de l'engagement administratif n'est pas entaché d'un vice de formation, peut par conséquent être posé. C'est essentiellement par rapport au principe de l'égalité de traitement entre administrés que la contradiction apparaît. Il n'existe en effet pas en France un principe absolu de libre concurrence qui permettrait de sanctionner les atteintes au libre jeu du marché : le principe de l'égalité de traitement s'oppose en revanche à l'octroi d'avantages discriminatoires par l'Etat. Le problème est particulièrement aigu en notre matière, car les aides sont octroyées à certaines entreprises individuelles, mais non à toutes les firmes d'un secteur. La contradiction est moins apparente pour les aides sectorielles en raison des exceptions apportées par le Conseil d'Etat. La juridiction administrative justifie en effet l'égalité de traitement entre branches ou secteurs par l'existence de situations non comparables.

L'argument principal que l'on a avancé pour justifier de l'octroi d'avantages discriminatoires à certaines entreprises individuellement déterminées, consiste à donner valeur relative au principe d'égalité et dire qu'il peut céder devant des considérations d'intérêt général (1). Cette justification ne nous semble pas très convaincante. L'action publique doit, en principe, satisfaire une fin d'intérêt général. Dans le cas contraire, les intéressés peuvent introduire un recours pour détournement de pouvoir. Si l'on admet que le principe d'égalité peut céder devant des considérations d'intérêt général, l'on doit conclure que les administrés pourront critiquer en justice un acte administratif qui introduit une certaine inégalité entre leurs situations respectives dans la mesure où cette inégalité n'a pas été conçue aux fins de poursuivre un but d'intérêt général. Mais alors, le recours fondé sur la rupture d'égalité fait purement et simplement double emploi avec le recours pour détournement de pouvoir. Si la différence de traitement ne se justifie pas au regard de l'intérêt public, les intéressés peuvent introduire un recours pour détournement de pouvoir : la violation du principe d'égalité ne présente aucun intérêt en matière d'interventionnisme économique.

Il pourrait pourtant y avoir un intérêt quant à la charge de la preuve. Lorsqu'un intéressé introduit un recours pour détournement de pouvoir, il doit faire preuve que l'activité litigieuse n'était pas dirigée dans un but d'intérêt général. Au contraire, d'après les termes mêmes employés par le Conseil d'Etat, il semblerait qu'au cas de rupture d'égalité, l'administration dussé faire preuve de ce qu'elle poursuit un but d'intérêt général. Le principe est de maintenir l'égalité entre citoyens, l'exception est la licéité d'une discrimination fondée sur l'intérêt public. L'administration, demandeur à l'exception, devrait supporter la charge de la preuve et démontrer que la rupture d'égalité était motivée par l'intérêt général. Cette solution, conforme aux principes généraux gouvernant la charge de la preuve, n'a pas été admise

(1) Cf. par exemple C.E., 29 juin 1951-D 1951-664 et note M. WALINE ; C.E., 23 mars 1956-Rec., p. 135 ; C.E., 2 octobre 1958-Rec., p. 472.

par le Conseil d'Etat (1). En matière d'interventionnisme, la jurisprudence administrative peut être décrite de la façon suivante. La Haute Juridiction Administrative porte un « coût de chapeau » au principe d'égalité devant les charges publiques. Mais elle décide en général que le principe est respecté, la situation des intéressés n'étant pas rigoureusement identique. Même si le principe est violé, l'intérêt général peut justifier cette discrimination, et l'intérêt général est présumé avoir inspiré l'action de l'administration. Pour obtenir gain de cause, l'administré devra faire preuve que l'activité litigieuse n'était pas dirigée dans un but d'intérêt général. C'est l'hypothèse même du recours pour excès de pouvoir. Nous pouvons donc conclure définitivement que le principe d'égalité des administrés ne joue aucun rôle en matière d'interventionnisme économique.

Cette conclusion dépasse le plan de la procédure administrative. Traditionnellement, l'égalité des citoyens devant les charges publiques est considérée comme une garantie fondamentale des administrés devant les prérogatives de puissance publique de l'Etat. L'administration peut agir par décision exécutoire, modifier unilatéralement la situation juridique des intéressés à condition d'agir pour tous de la même façon. La garantie constitutionnelle que constitue le principe d'égalité fait ordinairement contrepoids aux pouvoirs particuliers dont dispose l'administration. Le fait que le principe d'égalité ne trouve pas à s'appliquer en notre matière qui organise systématiquement une rupture d'égalité entre les administrés, est un argument supplémentaire en faveur de la qualification contractuelle des techniques directives. L'administration n'utilise pas ses prérogatives de puissance publique en intervenant sur l'économie par l'emploi de techniques directives, elle n'agit pas par décision exécutoire. Elle intervient seulement par des techniques contractuelles. Et la discrimination, la rupture de traitement, le fait que l'on choisisse son contractant sont inhérents à la notion contractuelle. Le principe d'égalité de traitement entre les administrés ne limite pas le pouvoir de l'administration en matière d'aides financières, car celles-ci résultent de contrats et l'administration ne fait pas usage de prérogatives de puissance publique en octroyant une aide à une entreprise. En droit interne par conséquent, il ne fait pas de doute que les aides financières soient licites.

II. La licéité en droit européen

En principe, les aides accordées aux entreprises privées par les Etats ou aux moyens de ressources d'Etat sont incompatibles avec le Marché commun (2). Ce principe n'est pourtant pas aussi absolu qu'il n'y paraît au premier abord. En effet, « peuvent être déclarées compatibles avec le Marché commun les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, les

(1) C.E., 10 janvier 1964, D 1964-J-419 et la note.

(2) Art. 92 du traité de Rome.

aides destinées à favoriser le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun » (1). La réglementation européenne est donc extrêmement souple sur la validité des aides. Le principe d'interdiction est accompagné d'une exception suffisamment large pour emporter la règle générale. Le droit européen n'est pas favorable à l'assistance financière mais ne l'interdit pas expressément ; il n'est pas suffisamment catégorique pour faire renoncer les Etats à leur pouvoir de diriger l'économie.

Cette position nuancée est également celle de la Cour de Justice des communautés, qui apprécie la validité des aides, sur le plan des principes généraux comme le Conseil d'Etat : c'est là une façon de les désapprouver tout en les autorisant. En effet, elle rappelle souvent « qu'en vertu d'un principe généralement admis dans le droit des Etats membres, l'égalité des administrés devant la réglementation économique ne fait pas obstacle à l'établissement de prix différents suivant la situation particulière des usagers ou des catégories d'usagers, à la condition que les différenciations de traitements correspondent à une différence dans les conditions où ils se trouvent placés ; que faute d'une base objectivement déterminée, les différenciations de traitement auraient un caractère arbitraire et discriminatoire et seraient illégales » (2). Un Etat membre n'aura aucune difficulté à montrer que la situation particulière de l'entreprise aidée justifiait une différence de traitement.

En somme, si les aides accordées par les Etats membres du Marché commun sont incompatibles avec le Traité de Rome, il ne s'agit là que d'une incompatibilité juridique. Pour des raisons essentiellement politiques, notamment parce que le Marché commun n'est pas parvenu à un degré d'intégration tel que les Etats puissent renoncer à leur souveraineté pour mettre en œuvre une politique industrielle européenne, les aides discriminatoires sont tolérées en Europe. Si l'on admet, comme le suggère notamment le Comité de développement industriel, que certaines interventions doivent suppléer les carences du marché libre, la seule solution pour que chaque Etat renonce à octroyer des traitements de faveur à certaines de ses entreprises est, semble-t-il, que ces interventions soient mises en œuvre au plan européen. Puisqu'une politique industrielle est nécessaire et que celle-ci passe dans les faits notamment grâce à une rupture d'égalité entre entreprises, la seule solution pour que les Etats renoncent à cette forme d'intervention prohibée par le Droit européen, est que les institutions européennes utilisent elles-mêmes les techniques d'intervention.

Finalement, notre conclusion sur l'analyse de la licéité des aides financières en droit européen rejoint celle des contrats fiscaux. Les discriminations financières ou fiscales entre les entreprises sont incom-

(1) Art. 92 du traité de Rome précité.

(2) Cf. les arrêts du 21 juin 1958, Rec., p. 292 ; du 26 juin 1958, p. 387, 422, 459 et 496 ; arrêt du 17 juillet 1963, Rec., p. 230.

patibles avec un marché de libre concurrence européen. Mais pour que le Droit européen soit réellement appliqué, il convient que les Etats renoncent à une part de leur souveraineté. Pour que l'on puisse déclarer illicite une discrimination fiscale opérée par un Etat européen entre certaines entreprises privées nationales, il faut que le droit soit unifié entre pays membres. De façon similaire, pour interdire aux Etats membres d'accorder des aides financières aux mêmes entreprises, il faut mettre en œuvre une politique industrielle européenne. La construction d'un marché européen réellement concurrentiel passe par la renonciation des Etats membres à leur souveraineté fiscale et à leur monopole d'interventionnisme économique (1).

Section IV. — Les conditions de forme

En matière d'aide financière, les procédures qui conduisent à la conclusion du contrat d'aide, comme la forme de ce contrat lui-même, sont tout à fait variées et très complexes. Il ne s'agira dans cette section que de donner un aperçu des variétés de procédures d'octroi dans les trois catégories les plus importantes d'aides financières, les primes, les prêts et les contrats de recherche.

§ 1. — LA PROCÉDURE D'OCTROI DES PRIMES

Les primes de développement industriel et d'adaptation industrielle régies par le même texte (2) font l'objet d'une procédure d'octroi sensiblement unifiée. L'octroi de la prime est subordonné à une demande qui doit être formulée avant d'engager les opérations. Cette exigence se conçoit fort bien dans la mesure où l'administration peut stipuler des obligations particulières à la charge des entreprises contractantes. Les demandeurs établissent un dossier faisant état de renseignements intéressant l'entreprise, la nature de l'opération projetée et le programme d'investissement envisagé. Les demandes de primes doivent être déposées à la préfecture du chef-lieu de la région où sont prévus les investissements. La demande de prime de développement industrielle est instruite à l'échelon régional lorsque le programme d'invest-

(1) Cf. à cet égard l'avant-projet de premier programme de politique économique à moyen terme, 1966-1970, et Annexes C.E.E., 25 mars 1966, p. 111-13-4. Voir également l'opinion de E. HIRSCH, « If planning is thus to be continued in France, in spite (or rather because) of the Common Market, it would nevertheless be infinitely desirable to see effective planning begun also on the scale of the Common Market as a whole » (E. HIRSCH, *French planning and its european application Journal of Common Market studies*, vol. 1, n° 2). Cf. encore J. BENARD, « Le Marché commun et l'avenir de la Planification française », *Revue économique*, n° 5, septembre 1964.

(2) Décret n° 69285 du 21 mars 1969 (*J.O.* du 30 mars 1969), précité.

tissement n'excède pas deux millions de francs, mais les programmes plus importants et les demandes de primes d'adaptation industrielle sont instruits au niveau de l'administration centrale, si bien que la procédure peut durer de deux à six mois. Les primes sont accordées par décision du ministre des Finances, après avis du Conseil de direction du F.D.E.S. En fait, le contrat est conclu une fois que l'entreprise a accepté des obligations éventuelles mises à sa charge par l'administration et est par conséquent purement tacite.

§ 2. — LA PROCÉDURE D'OCTROI DES PRÊTS

L'autorité publique, après avoir décidé de l'octroi du crédit à l'entreprise, met la somme nécessaire à la disposition d'une institution bancaire. L'institution bancaire signe un contrat de prêt au nom de l'Etat qui n'est pas le contrat d'aide mais l'exécution de ce dernier, nous l'avons vu précédemment (1). La procédure d'octroi du prêt fait intervenir le F.D.E.S., dont les avis valent pratiquement décision (2).

Les prêts consentis aux entreprises industrielles aux fins de réaliser un programme d'investissement approuvé par l'administration, comme les bonifications d'intérêts et les garanties de l'Etat, sont instruits par la « section de l'équipement industriel, agricole, commercial et touristique du F.D.E.S. (3). Les prêts finançant les opérations de conversion, concentration, spécialisation, décentralisation, relève de la compétence de la section II du F.D.E.S., section de décentralisation et de l'adaptation industrielle. La section III consent les aides à la productivité.

Pour obtenir un prêt, l'entreprise doit fournir tout d'abord des renseignements généraux sur son activité : identité du ou des demandeurs, composition des organes dirigeants s'il s'agit d'une société, historique de la forme juridique de l'entreprise, nature et volume des fabrications, méthodes commerciales et clientèle, effort d'investissements. Elle doit également donner des détails sur les moyens de production, sa situation financière et sa rentabilité, le tout appuyé sur des documents comptables. Mais elle ne doit pas se limiter à fournir ces renseignements généraux, elle doit décrire avec précision et de façon convaincante non seulement le programme envisagé, mais encore les résultats que l'on en attend. Les prévisions doivent englober l'évolution prévisionnelle de la capacité de production et du chiffre d'affaires, et l'on doit dire sur quelles études ils sont fondés. L'entreprise doit apprécier l'incidence du programme sur les conditions générales de production et sur l'exportation. Elle doit indiquer de manière aussi précise que possible les conséquences du programme sur ses effectifs et doit prévoir un plan précis de financement.

(1) *Supra*, p. 146.

(2) A. BIZAGUET et GAULLIER, « Le Trésor public, son fonctionnement et son rôle », in *Revue du Trésor*, 1961, p. 277.

(3) Art. 2, décret n° 55-1367 du 18 octobre 1955 portant organisation du F.D.E.S., *J.O.* du 19 octobre 1955.

Les dirigeants doivent de plus en plus coopérer à l'instruction du dossier qui ne s'effectue pas de façon purement unilatérale. Ils doivent recevoir les services techniques des ministères intéressés ou des établissements financiers mais aussi, et surtout, faire preuve de la plus parfaite franchise. Cette collaboration a notamment pour but de préciser les engagements en matière économique ou sociale des bénéficiaires de prêts du F.D.E.S.

Le versement des prêts s'opère de façon identique pour les aides au développement industriel que nous venons d'examiner et pour les aides à la recherche.

§ 3. — LA PROCÉDURE D'OCTROI DES AIDES À LA RECHERCHE

La procédure a été définie par une instruction ministérielle du 20 février 1965 en ce qui concerne les contrats de recherche-développement. La politique de la recherche est définie dans ses grandes lignes par le gouvernement. Le ministre chargé de la recherche, en accord avec le ministre de l'Economie et des Finances, le ministre de l'Industrie ou les autres ministres de tutelle intéressés arrêtent les secteurs et les thèmes dans le cadre desquels les interventions de l'Etat peuvent être envisagées. La procédure de conclusion des contrats qui s'insèrent dans le cadre de ces objectifs se déroule de la façon suivante. Les comités de la Délégation générale à la Recherche scientifique (D.G.R.S.T.) opèrent une instruction technique du dossier déposé par le demandeur et apprécient la qualité d'innovation et les perspectives de progrès du projet de recherche, le montant des dépenses et des modalités de remboursement de la subvention. L'instruction financière est effectuée par le Crédit national qui examine la « surface » de l'entreprise, les risques économiques et financiers de l'opération et propose le rejet ou un avis de principe favorable. Le F.D.E.S. examine le rapport du Crédit national et formule un avis définitif sur le dossier en fonction de l'intérêt économique des programmes et des capacités financières de l'entreprise. A ce moment, le contrat est conclu entre l'Etat et la firme. En exécution de ce contrat, l'Etat signe une convention avec le Crédit national, le chargeant de consentir l'avance pour son compte. Le bénéficiaire et le Crédit national concluent eux-mêmes une convention précisant les conditions de versement et les modalités de remboursement de l'aide, comme la procédure de contrôle des obligations assumées par la firme dans le contrat principal conclu avec l'Etat. En somme, l'Etat conclut le contrat puis donne mandat au Crédit national d'en assurer l'exécution. Dès lors, la convention d'aide financière produit ses conséquences.

CHAPITRE II

LES CONSÉQUENCES DU CONTRAT D'AIDE FINANCIÈRE

Les « obligations » que font naître les mécanismes d'aide au financement apparaissent élémentaires lorsque l'on analyse ces techniques comme des opérations formées d'une phase d'instruction, suivie d'une phase contractuelle dans laquelle intervient un établissement financier. Dans cette analyse en effet, les contrats de prêts sur fonds publics sont identiques à ceux du droit commercial. L'établissement financier qui fournit l'aide de l'Etat conclut un contrat de prêt courant, prend un certain nombre de garanties ; si la firme se refuse à rembourser dans les conditions voulues, l'agent du Trésor diligente une procédure de recouvrement.

Cette analyse ne fait cependant pas une place suffisante à l'objectif principal des contrats d'aide financière qui est d'agir sur l'économie. En contrepartie du financement privilégié qu'elles reçoivent, les entreprises ont souscrit des engagements tenant à leur comportement économique. Ce sont ces promesses qui sont importantes pour l'administration. L'Etat n'est pas un prêteur sur gage, il donne, ou prête, pour faire passer dans les faits les objectifs de sa politique économique. Le contrat a pour effet de créer des obligations dont certaines portent sur un comportement économique, intéressant pour les objectifs de la politique industrielle. La détermination des obligations fera l'objet de la première section.

Les obligations nées du contrat ont, à leur tour, des effets. Le créancier est en droit d'en exiger l'exécution. Les clauses financières figurant dans le contrat d'aide sur fonds publics posent peu de problèmes originaux, car les moyens d'exécution forcée sont ceux du droit commercial (1). En revanche, l'exécution forcée des obligations tenant à l'activité future de la firme est plus délicate à organiser. Nous examinerons ces moyens d'exécution dans une section II.

(1) C.E., 18 octobre 1957-D 1957-J-735-Conclusion, M. GREVISSE ; également D. H. SCHEUING, thèse précitée, p. 333.

Section I. — Les effets des contrats d'aide financière

Le contrat d'aide financière fait naître des obligations qui sont en général ce que les parties ont voulu qu'elles soient, car le cadre légal qui enserme leur volonté est très large. L'exécution volontaire est simple, et ne consiste seulement qu'à respecter sa promesse. Elle peut soulever cependant deux problèmes. Le premier est de déterminer la méthode qu'utilisera l'Etat pour s'assurer de l'exécution par l'entreprise de ses obligations. Il doit y avoir une surveillance sur l'activité des firmes contractantes dont l'obligation est plus diffuse que celle de l'Etat, mais le contrôle ne doit pas être paralysant. Pourtant, il est important que les engagements de nature économique soient exécutés à la lettre, puisqu'ils permettent de faire passer dans les faits les objectifs de politique économique. Le second problème est de savoir si la détermination des obligations faite lors de la conclusion, doit subsister telle quelle lors de l'exécution. Les contrats d'aide doivent rester très près de la réalité industrielle ; pourtant, il y a un aléa certain dans la réalisation des promesses économiques qu'ont faites les entreprises. Le contrat constitue une emprise sur l'avenir, mais il ne peut prévoir le futur dans ses moindres détails, surtout en notre matière. Les dispositions contractuelles doivent donc être assez souples car il n'est pas possible de forcer la réalité économique, mais de l'orienter. L'équilibre entre les exigences de stabilité et d'adaptation réside dans la durée du contrat et la réfaction qui suit éventuellement l'échéance, et dans les possibilités de révision dont disposent les parties. Les problèmes de contrôle de l'exécution volontaire et de durée de l'obligation se rattachent à celui plus général de la détermination des obligations nées du contrat (§ 1).

Enfin, les contrats directifs ne sont pas seulement des actes prospectifs, ils tendent à agir sur l'économie dont ils organisent les mécanismes. Par conséquent, de nombreuses personnes, autres que les contractants, sont intéressées à leur exécution. La détermination des personnes obligées (§ 2) est d'autant plus importante en notre matière que l'exécution de l'aide prend la forme d'un contrat conclu entre un établissement financier mandataire de l'Etat et de l'entreprise : dans la procédure intervient un tiers, qui entretient obligatoirement certaines relations particulières avec les contractants.

§ 1. — DÉTERMINATION DES OBLIGATIONS NÉES DU CONTRAT D'AIDE

La durée de la période d'exécution des dépenses d'investissement retenue pour le calcul des primes de développement industriel et

d'adaptation industrielle, est la même pour ces deux formes d'aides. Elle ne peut dépasser trois ans dans le cas de création ou de remise en marche d'un établissement, deux ans et demi dans le cas d'extension (1). Le versement des primes est effectué en un ou plusieurs versements au vu des pièces justificatives du paiement des dépenses d'investissements ; telle est du moins la pratique administrative telle qu'elle résulte des notices du Centre interministériel d'information. Par conséquent, l'obligation de l'Etat s'exécute également en deux ou trois ans. La liquidation définitive des primes ne peut avoir lieu qu'après un contrôle du respect par l'entreprise bénéficiaire des conditions d'octroi.

Le versement des prêts du F.D.E.S. est subordonné à l'exécution au moins partielle par la firme de ses engagements : à la transformation de la forme juridique par exemple, ou à la concentration à laquelle la firme avait promis de procéder. Par conséquent, les obligations de l'Etat et de la firme sont interdépendantes et si l'on excepte l'obligation de remboursement, elles revêtent la même durée d'exécution. Lorsque l'exécution de l'obligation de l'entreprise a une durée plus longue, le versement de l'aide se fait par termes afin de s'assurer de l'exécution (2). Le prêt est en moyenne consenti pour une durée de dix ou quinze ans et l'amortissement s'effectue par annuités constantes. Le remboursement commence en général un an après la conclusion du contrat mais l'administration peut différer la période d'amortissement. Ce « délai de grâce » est toujours inférieur à quatre années (3). Le report d'amortissements est accordé dans la mesure où les nécessités de financement du programme l'exigent et reste, en tout cas, exceptionnel.

Une telle précision dans la durée du contrat est difficile à mettre en œuvre dans le domaine de la recherche en raison de l'aléa inhérent à cette activité. Le Fonds de développement de la Recherche scientifique et technique octroie des crédits de façon très souple, mais le programme de recherche doit cependant être défini et approuvé à l'avance. L'Etat exige qu'un plan de financement soit établi pour l'ensemble de la recherche, pour une durée qui est en moyenne de trois à quatre ans. Le Comité interministériel de la Recherche scientifique ou de la D.G.R.S.T. n'ont pourtant pas l'intention d'imposer la réalisation stricte des objectifs annoncés dans un contrat, mais les résultats obtenus seront discutés par le Comité scientifique. Les contrats de recherche sont en effet découpés en tranches de dix-huit mois à deux ans. L'aide peut être renouvelée à l'expiration de chaque tranche après un examen des résultats provisoires obtenus. D'une façon générale, ce fractionnement du financement pour les longues opérations tend à se répandre pour toutes les aides financières. Il présente en effet deux avantages. D'une part, il constitue un moyen de pression

(1) Art. 6 et 11 du décret 69285 du 21 mars 1969. — *J.O.* du 30 mars, p. 3184.

(2) D. H. SCHEUING, thèse précitée, p. 410.

(3) Une exception a été cependant faite pour la sidérurgie.

et de contrôle pour que les opérations soient menées conformément aux objectifs et au calendrier prévus (1). D'autre part, cette concertation permet éventuellement de réviser le détail des objectifs à long terme en fonction de l'évolution passée, ou du moins de les préciser. Le contrat d'intervention économique n'est pas statique, mais définit des objectifs et aménage les rapports entre les parties pour les atteindre. C'est un mécanisme « organiciste ».

Pour le développement de la recherche, l'obligation de remboursement des prêts accordés par l'administration dépend des résultats commerciaux obtenus par la firme. Le remboursement s'effectue le plus souvent en effet, en cas de succès, par prélèvement d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires ou les redevances de licence. Là encore, le délai des obligations n'est pas rigoureusement déterminé mais déterminable. Il importe de remarquer, du reste, qu'au plan des principes juridiques la validité de ces obligations est discutable. Et il en est ainsi, non en raison de traditions paralysantes, mais parce qu'elles peuvent donner lieu à de nombreuses difficultés lors de l'exécution. Le critère de l'obligation de remboursement, en effet, est la rentabilité de l'opération, c'est-à-dire une commercialisation fructueuse. Mais ce critère dépend en grande partie des qualités de gestion de la firme. C'est une obligation potestative. Encore faut-il faire une distinction traditionnelle en droit civil. La condition purement potestative entraîne la nullité du contrat (a. 1174, Code civil). La condition simplement potestative est en revanche valable parce qu'elle ne dépend pas uniquement de la volonté du débiteur. L'acte dont elle suppose l'accomplissement dépend en même temps de certaines contingences extérieures qui échappent à son pouvoir. Cette distinction est fondée sur le fait qu'il n'y a pas d'obligation si le débiteur ne s'engage à exécuter que s'il le veut bien. La condition simplement potestative ne lui laisse pas ce pouvoir et est, par conséquent, licite. En fait, cette justification est purement nominale : s'il n'y avait pas d'obligation, il ne serait pas besoin de l'annuler. L'obligation potestative fait naître un droit subjectif, mais on l'interdit car elle permet au créancier de décider de la situation du débiteur : la distinction est traditionnelle mais non rationnelle. C'est une mesure de protection, mais elle n'est pas fondée sur une exigence logique. Il n'est nullement nécessaire de la transposer en notre matière. En revanche, on aurait pu interdire toutes les clauses potestatives en raison de ce qu'elles ne peuvent manquer de donner lieu à un litige. Il est en effet certain que, si le débiteur n'exécute pas, le créancier viendra prétendre que c'est en raison de sa mauvaise volonté, alors que le premier invoquera les contingences extérieures. Cette interdiction serait plus utile dans notre matière. Pour que les firmes aient quelques garanties et connaissent le contenu de leurs droits, il faudrait préciser les critères sur lesquels l'administration peut se fonder pour demander le remboursement. Il y a fort à parier dans l'état actuel des choses que les litiges peuvent naître entre l'administration et les

(1) D. H. SCHEUING, thèse précitée, p. 411.

firmes dont la production ne permet pas de rembourser le prêt. L'administration, qui a tout pouvoir d'exécution, peut aisément en trouver la solution, de façon secrète et unilatérale, sans garantie pour la firme.

De toute façon, le contrat d'aide à la recherche est très particulier et en général la durée des obligations est fixée de façon assez souple, de manière à organiser un contrôle d'exécution. Les autres formes de contrôle dont dispose l'administration sont quelque peu défectueuses. Dans le domaine de la recherche, le contrôle technique est assuré par la D.G.R.S.T. qui doit recevoir chaque année un rapport annuel de l'état d'avancement des travaux. Cependant, le contrôle financier des opérations, dont le principe est prévu, n'est pas organisé. D'un autre côté, en matière de prêts du F.D.E.S., le Crédit national ou la Caisse de Crédit hôtelier, qui « servent » la dette au nom de l'Etat, ne contrôlent pas l'exécution des clauses de nature économique. Ces instituts financiers surveillent cependant l'exécution des obligations financières, comme par exemple l'augmentation des fonds propres qui est parfois exigée au préalable au financement ou le remboursement du prêt conformément à l'échéancier. Par ce biais s'instaure du reste un certain contrôle sur les engagements de nature économique de la firme. Aussi lorsque l'entreprise aidée s'est engagée à se restructurer, cette opération a des effets sur les résultats financiers que le Crédit national peut contrôler. Cependant, un contrôle plus précis peut s'avérer nécessaire. Il ne faudrait pas, comme cela s'est produit, que l'entreprise qui reçoit des prêts aux fins d'investissements nouveaux puisse les utiliser pour reconstituer sa trésorerie.

Dans le cas d'autres interventions financières du Trésor, telles que les primes d'aménagement du territoire, les subventions remboursables en matière de promotion de matériel militaire ou aéronautique et les bonifications d'intérêts, il existe des contrôles sur pièces et des contrôles sur place. En général un contrôle sur place de l'inspection générale des finances est prévu pour toutes les formes d'aides financières (1). Mais ce contrôle intermittent est notoirement insuffisant.

De toute façon, le risque de fraude est surtout important pour les entreprises modestes qui ont bénéficié d'aides au titre de l'aménagement du territoire, non pour les grosses sociétés.

On ne peut cependant pas souscrire entièrement à l'affirmation selon laquelle « il n'existe guère actuellement d'organismes bénéficiant du concours de l'Etat qui ne soit doté d'un contrôleur d'Etat ou d'un Commissaire du gouvernement disposant de pouvoirs financiers » (2). Dans le cas de l'aide contractuelle, les entreprises qui

(1) Art. 31-2° de l'o. 58-896 du 23 septembre 1958. *J.O.* du 28 septembre 1958, p. 8912.

(2) A. DEMICHEL, T. I, p. 331. Ce passage est critiqué par D. H. SCHEUING, thèse précitée, p. 417.

bénéficient du concours de l'Etat ne sont pas soumises à un contrôle permanent qui serait du reste paralysant. Il conviendrait peut-être cependant de renforcer le contrôle *a posteriori* pour s'assurer de l'exécution des engagements contractuels portant sur le comportement économique. Encore convient-il de mettre à part les engagements en matière sociale. Au cas de réduction d'effectif, l'entreprise s'engage à travailler avec les services locaux du ministère des Affaires sociales pour faciliter le reclassement de la main-d'œuvre et à signer une convention avec le Fonds national de l'emploi. Si l'entreprise envisage d'augmenter ses effectifs, elle doit s'engager à procéder à l'embauche en liaison avec les services de la main-d'œuvre. Le contrôle de ces engagements est donc aisé. Ceci conduit à se demander si les travailleurs peuvent se prévaloir de ces clauses contractuelles et, d'une façon générale, quelles sont les personnes qu'oblige, ou qui peuvent invoquer le contrat d'aide financière.

§ 2. — LES PERSONNES OBLIGÉES PAR LE CONTRAT D'AIDE

Comme les conventions fiscales, les contrats d'aides financières ne produisent effet que dans les rapports entre les parties et n'en ont aucun à l'égard des tiers. Ils sont donc soumis au principe de l'effet relatif des contrats. Cependant les prêts de l'Etat sont servis par les intermédiaires financiers comme par exemple le Crédit national. Cet organisme est un tiers au contrat et entretient pourtant des rapports particuliers avec les parties. D'autre part, les contrats d'aide financière améliorent la situation de la firme et lui donnent une apparence de crédit. Il faudra se demander si les tiers ne peuvent pas invoquer le contrat pour obtenir un dédommagement du préjudice qu'ils ont pu subir du fait qu'ils ont pu croire à cette apparence.

Les intermédiaires qui versent les fonds du F.D.E.S. agissent comme mandataires de l'Etat. Les conventions entre le Crédit national, par exemple, et l'Etat utilisent expressément le mot (1). Le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, charge une autre personne, le mandataire, qui accepte d'accomplir un acte juridique en l'y représentant (2). Le mandat du Crédit national est spécial. En effet, il « est chargé d'introduire, en tant que mandataire de l'Etat, dans les contrats qu'il passera avec les emprunteurs, toutes les clauses et conditions qu'il estimera nécessaires pour la bonne exécution de son mandat... ». Malgré la généralité des termes, l'institution financière ne reçoit pouvoir que pour conclure un contrat

(1) Art. 1 de l'avenant du 2 avril 1970 à la Convention du 31 décembre 1948 signée entre le ministre des Finances agissant au nom de l'Etat et le directeur du Crédit national agissant au nom de cette institution financière.

(2) L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, p. 1113, n° 1384.

de prêt dont les conditions économiques, notamment, ont été déjà déterminées par l'administration. Enfin, ce mandat est d'intérêt commun puisque le Crédit national est rémunéré par un prélèvement dont le montant est fixé dans chacun des contrats et qui est retenu sur les intérêts recouvrés (1).

Les effets de ce mandat, comme en droit commun, sont d'obliger l'institution financière à exécuter son mandat et à rendre compte. Le Crédit national doit en effet remettre à l'Etat dans les cinq jours de leur encaissement les versements effectués par l'emprunteur (2). Ceci correspond très exactement à l'obligation du mandataire qui doit remettre au mandant tout ce qu'il a reçu. Enfin, en droit commun, tout se passe à l'égard du tiers comme si le mandant avait traité lui-même. Il devient personnellement créancier et débiteur du tiers. Il en est de même en notre matière puisque l'institution financière doit traiter au nom de l'Etat. Seulement, elle prête directement à l'entreprise le montant de l'aide que l'Etat doit mettre à sa disposition ; dans le cas du Crédit national les fonds doivent être versés l'avant-veille de la date fixée pour leur remise à l'emprunteur (3). L'Etat sera donc seulement directement créancier des obligations tenant au comportement économique de la firme, l'institution financière s'occupant du remboursement en son nom.

Au total donc, le Crédit national est chargé de la partie proprement financière du prêt. Il étudie l'équilibre financier du projet, prend un certain nombre de garanties au nom de l'Etat et contrôle le remboursement. Dès qu'une difficulté sérieuse apparaît, il en réfère au Trésor qui décide de la suite à donner.

Quoiqu'ils aient la possibilité de prêter sur leurs fonds propres, les institutions financières se contentent en général de verser les fonds de l'Etat comme mandataires de ce dernier. Par conséquent, les rapports qu'ils entretiennent avec les parties ne dérogent pas en principe de l'effet relatif : ils sont ceux qu'entretiennent en droit commun le mandant, le mandataire chargé de contracter et le tiers contractant. Mais le mandataire en l'espèce ne conclut pas le contrat d'aide financière. Il exécute les dispositions financières de ce contrat en signant un contrat de prêt.

Toute différente est la situation de certaines banques qui peuvent consentir des prêts aux firmes assistées par l'Etat. Elles agissent avec leurs fonds propres sous leur responsabilité. Il faut, dans ce cas, distinguer les hypothèses. Lorsque l'Etat a octroyé sa garantie à la firme, et que les prêteurs privés ont avancé des fonds en considération de cette garantie, l'Etat devra effectuer le remboursement au cas de défaillance du débiteur (4). Cependant, ce n'est pas la seule hypothèse dans laquelle les investissements privés sont appelés à concourir au finan-

(1) Art. 4 de la convention du 31 décembre 1948, précitée.

(2) Art. 3 de l'avenant du 2 avril 1970, précité.

(3) Art. 2 de l'avenant du 2 avril.

(4) Les octrois de garantie sont rarissimes et souvent dangereux pour le Trésor public ; cf. Rapport de la Cour des Comptes, 1953-1954, p. 112.

cement d'entreprises aidées par l'Etat. Les prêts du F.D.E.S. sont complémentaires ; l'administration recherche la collaboration des sources privées du financement. Et la firme qui a su obtenir une aide de l'Etat jouit d'une apparence de crédit qui a pu décider les banques à octroyer un prêt. Le problème se pose de savoir si les prêteurs ne peuvent invoquer la responsabilité de l'Etat lorsque la firme n'est pas en mesure de faire face à ses engagements. Les fournisseurs de capitaux privés ont de bonnes chances de récupérer le montant du prêt lorsque l'Etat retire son aide parce que la firme abandonne l'exécution du programme qu'elle avait promis. En effet, les sommes mises à la disposition par les banques privées deviennent sans emploi et la firme pourra rembourser ses prêteurs. Les tiers ont beaucoup moins de chances d'être remboursés lorsque la firme qui a reçu une aide de l'Etat n'est pas en mesure, par la suite, de faire face à ses engagements. Et ce qui est plus grave, dans ce cas, ceux qui ont cru à la valeur financière du projet notamment en raison de ce que l'Etat lui apportait son aide, n'ont aucun recours contre ce dernier dans l'état actuel du droit. Les règles administratives en matière de responsabilité pour faute ne sont d'aucun recours en la matière. C'est seulement lorsque l'administration a pris des engagements précis ou fait des promesses fermes et ne les a pas respectées que le juge retient la responsabilité pour faute (1). Or, l'Etat n'a fait aucune promesse aux prêteurs, il a seulement recherché leur collaboration.

Les contrats d'aide, enfin, peuvent intéresser une troisième catégorie de personnes étrangères à la conclusion, qui sont les salariés de l'entreprise (2). Rappelons que l'on doit distinguer, en ce qui concerne les dispositions bénéficiant aux travailleurs, celles qui s'adressent à des salariés déterminés, ou non. L'on peut fort bien admettre que les clauses qui profitent aux employés de l'entreprise assistée soient des stipulations pour autrui, introduites dans le contrat par l'Etat. Elles peuvent donc être invoquées directement par les salariés de la firme. Mais les tiers qui ne sont pas déterminables ne peuvent se prévaloir de dispositions contractuelles qui auraient pu leur être favorables. C'est le cas des travailleurs qui auraient dû être employés par l'entreprise si elle avait respecté les clauses du contrat qui lui faisaient l'obligation d'augmenter ses effectifs, mais ne l'ont pas été.

Il apparaît ainsi que l'exécution volontaire des contrats d'aide n'est pas exactement semblable à celle d'un financement commercial ordinaire. C'est que l'assistance financière de l'Etat est la contrepartie de

(1) A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, T. III, p. 479, n° 818.

(2) *Supra*, p. 112 et s. D'une façon plus générale les conventions d'aide intéressent tous les travailleurs de la région. Et l'on peut se demander si les dispositions relatives au marché de l'emploi ne peuvent engager la responsabilité extra-contractuelle de la firme qui n'a pas exécuté. Ainsi M. ARRIGHI DE CASANOVA soulève « la question ... de savoir si l'industriel n'encourt pas de responsabilité particulière du fait de sa renonciation. L'accord passé avec l'Etat a pu avoir une large publicité ; s'il concerne une région où le chômage menace, il a pu déterminer les demandeurs d'emploi à attendre sur place plutôt qu'à s'expatrier... » (ARRIGHI DE CASANOVA, *Droit social*, juin 1965, p. 753, 1° a).

certain engagements souscrits par la firme en matière économique. Cela donne un aspect particulier à la détermination du délai pendant lequel les obligations produisent effet, et à celle des personnes obligées. Mais la présence de ces promesses économiques marque encore plus les moyens d'exécution dont disposent les contractants.

Section II. — Les moyens d'exécution du contrat d'aide financière

Le débiteur est tenu envers le créancier de fournir la prestation même qu'il avait promise. A défaut d'une exécution volontaire, le créancier jouit, à l'encontre du débiteur, d'un pouvoir de contrainte qui lui permet d'obtenir l'exécution forcée. Celle-ci est d'autant plus importante pour l'Etat en matière d'interventionnisme économique que l'équivalent pécuniaire des obligations de la firme n'aurait aucun sens. Cependant, on peut fort bien concevoir que les obligations de l'Etat puisse se résoudre en dommages-intérêts. Il y a donc en la matière, comme pour les contrats fiscaux, des modes d'exécution en nature dont on peut dire qu'ils sont réservés à l'Etat (§ 1) et des modes d'exécution par équivalent que l'entreprise peut seule utiliser (§ 2). Mais comme pour les contrats fiscaux, les moyens de pression résultent du lien de connexité qui caractérisent les contrats synallagmatiques (§ 3).

§ 1. — L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

L'Etat doit pouvoir contraindre l'entreprise à adopter le comportement exact qu'elle a promis. Nous avons vu déjà qu'il ne peut employer la contrainte directe, l'ordre de production ou d'investissement pour obtenir l'exécution (1). Pourtant, l'exécution forcée serait en principe possible et efficace puisqu'elle serait exercée à l'encontre d'une personne morale. Mais elle est complètement incompatible avec la doctrine libérale. Si l'intervention de l'Etat est nécessaire dans certains secteurs de l'économie, elle doit se manifester de façon à laisser le maximum de liberté aux entreprises. Les techniques contractuelles ne doivent pas permettre à l'Etat de recourir aux ordres de production ou d'investissement dans une économie qui s'ouvre à la compétition internationale. Pourtant, il est indispensable que la firme contractante respecte ses promesses à la lettre. C'est pourquoi il existe des moyens indirects de pression tendant à obtenir l'exécution (II). On peut les regrouper en trois catégories : les uns consistent en la menace de contentieux, les autres en l'application de pénalités diverses ; d'autres, enfin, comme

(1) Cf. *supra*, p. 19.

la réduction ou le retrait de l'avantage public, sont des moyens d'exécution propres aux contrats synallagmatiques. Nous les étudierons à cette place. Enfin, quel que soit le moyen employé, et qu'il s'agisse d'exécution en nature ou par équivalent, l'exécution forcée est subordonnée à certaines conditions (I).

I. Les conditions de l'exécution forcée

Pour que l'inexécution des obligations permette l'application des moyens de pression, il faut d'abord que le débiteur soit en faute. Cette condition est exigée également pour que le créancier puisse obtenir une exécution par équivalent. Le droit commun retient deux autres conditions de la responsabilité contractuelle que l'on doit, comme la première, transposer en notre matière car elles sont fondées sur des raisons de pure logique. La première condition est que l'inexécution ait causé un préjudice au créancier. En droit commun cette condition est toujours remplie. Le créancier attendait qu'on lui fournisse une certaine prestation. Cela n'a pas été fait. Il en résulte obligatoirement un préjudice. Il est douteux que ce lien nécessaire entre inexécution et préjudice existe en notre matière. Dans certains contrats d'aide (1), l'Etat peut prendre des engagements de développer « l'infrastructure » régionale ou généralement d'améliorer l'environnement de la firme (2), tant il est vrai que la recherche d'un environnement favorable est l'un des éléments déterminants dans le choix du lieu d'installation d'une entreprise. C'est également un facteur essentiel pour le développement de sa compétitivité. Mais l'organisation d'une infrastructure d'équipements collectifs relève traditionnellement du pouvoir de l'Etat, en vertu de la croyance que cet équipement profite à tout le monde. Lorsque l'administration a consenti certains engagements à la firme dans ce domaine et exécuté sa promesse alors que la firme n'a pas exécuté les siennes, l'on peut raisonner de deux façons pour se prononcer sur la responsabilité de cette dernière. L'on peut dire tout d'abord que la firme a causé un préjudice à la collectivité et peut être condamnée à dédommagement (3). Mais on peut également soutenir que l'équipement relève de la fonction traditionnelle de l'Etat, et que l'entreprise n'a pas à en assumer, même partiellement, les frais. La firme n'a pas causé de préjudice à la collectivité en déterminant l'administration à construire des équipements collectifs, puisque ceux-ci profitent à tout le monde. En fait, cet argument est peu logique. L'équipement profite aux firmes qui y ont accès et c'est précisément pour cette raison qu'elles ont pris un certain nombre d'engagements en contrepartie de cet avantage. Il est du reste de plus en plus admis que les firmes qui les utilisent devraient participer financièrement à la création d'infrastructure, et c'est ainsi par exemple que l'on justifie le principe d'un impôt sur les plus-values foncières. Dire que l'équipement relève d'une fonction

(1) Les conventions d'implantation industrielle par exemple.

(2) Par exemple une desserte routière, un équipement téléphonique, un programme de logement ou une zone industrielle.

(3) En ce sens M. ARRIGHI DE CASANOVA, *Droit social*, juin 1965, p. 353.

classique de l'Etat et profite à l'intérêt général découle d'une conception dichotomique de l'intérêt général et de l'intérêt privé, conception contraire à la réalité des faits. L'intérêt général dépend de l'intérêt privé, c'est évident par exemple dans le cas du développement régional, et l'intérêt privé doit tenir compte des fins d'intérêt général. La poursuite du profit crée tôt ou tard des problèmes pour la collectivité, dont la solution a un coût et que les entreprises doivent finalement assumer (1). De façon similaire, l'entreprise trouve son intérêt dans l'organisation des infrastructures et doit participer à son financement, notamment lorsque la réalisation d'équipement par l'Etat est la contrepartie de promesses que la firme n'a pas tenues.

La seconde condition de la responsabilité contractuelle en droit commun est la mise en demeure, qui est en principe préalable à l'exécution forcée. En fait, la convention des parties peut déroger à ce principe. De plus, la mise en demeure est inutile lorsqu'une obligation de faire ne pourrait être exécutée que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer (2), ou dans le cas d'une obligation de ne pas faire à laquelle ce dernier a contrevenu (3). Or, en notre matière, les obligations des parties doivent être souvent exécutées suivant un « calendrier » (4), si bien que la mise en demeure est inutile. On peut en effet là encore transposer le droit commun des obligations. La mise en demeure consiste à sommer le débiteur d'avoir à exécuter son obligation. Cela implique que l'exécution est encore possible. Cette formalité qui constitue un moyen de pression cesse donc d'être nécessaire lorsque l'inexécution est d'ores et déjà certaines. Il est superflu de sommer quelqu'un de faire ce qu'il ne peut pas faire. De toute façon, les parties écartent souvent la condition de mise en demeure dans leurs contrats et c'est même une obligation qui est faite au Crédit national, lorsqu'il conclut en tant que mandataire de l'Etat un contrat de prêt (5).

La troisième condition enfin est que l'inexécution résulte de la faute du débiteur. On peut définir la faute contractuelle comme le manquement du débiteur à son obligation, lorsque aucun cas de force majeure ne l'a empêché d'exécuter. Le problème qui se pose en notre matière est de savoir si la force majeure peut exonérer le débiteur de sa responsabilité contractuelle, comme c'est le cas en droit commun.

Certains textes n'envisagent pas que l'inexécution puisse être la conséquence de la force majeure. Ainsi l'article 16 du décret 64440 du 21 mai 1964, qui institue les primes de développement et d'adaptation industrielle, dispose-t-il que « l'inobservation des conditions prévues dans la décision d'attribution de la prime entraîne l'annulation ou la réduction de celle-ci ». D'autres, au contraire, la prévoient expressément, mais ne définissent pas le cas de force majeure. L'article 7 du

(1) Ainsi la lutte contre la pollution doit finalement être prise en charge par les entreprises qui en sont la cause.

(2) Art. 1146, C. civ.

(3) Art. 1145, C. civ.

(4) Cf. *supra*, pp. 164 et s. Note P. ESMEIN, J.C.P.-1947-II-3809.

(5) *Infra*, p. 138.

décret du 25 novembre 1951 concernant l'aide à la construction des navires (1) prévoit que « sauf le cas de force majeure, le défaut d'achèvement donne lieu au remboursement intégral ». Et, comme nous l'avons vu précédemment, le Conseil d'Etat, dans son avis du 4 novembre 1959, souligne qu'en matière fiscale « l'inexécution par une société, de son fait, de l'une des dispositions essentielles de ces engagements... » constitue une condition résolutoire. En fait, en ce qui concerne l'inexécution par la firme contractante, l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation, qui lui permet de tenir compte éventuellement d'un cas de force majeure. En matière de prêts du F.D.E.S. par exemple, le Trésor peut réduire les obligations de la firme au cas d'inexécution. Il peut même renoncer au remboursement de la dette. A cette fin, du reste, l'organisme prêteur réfère au F.D.E.S. de toutes difficultés d'exécution. Il en est de même dans tout contrat d'aide à la recherche : le comité scientifique ou la D.G.R.S.T. n'imposent pas la réalisation stricte des objectifs stipulés dans le contrat. Les résultats obtenus par les chercheurs font toujours l'objet de discussion. En raison de ce pouvoir d'appréciation, il est difficile de préciser ce qu'est la force majeure en notre matière.

En droit commun aussi, la notion de force majeure, et celle, complémentaire, de faute contractuelle, sont diffuses et laissées en large part à l'appréciation du juge. Tout est question de cas d'espèce et il est impossible de dégager des critères précis de qualification. Mais la comparaison avec le droit des obligations permet de formuler deux critiques à l'encontre du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration pour apprécier le caractère fautif ou non de l'inexécution. La première est que la nécessité d'une faute précisément est trop souvent oubliée. L'administration tient compte des conséquences économiques et sociales et se prononce en pure opportunité. On comprend ses raisons : il serait, semble-t-il, inadmissible que des contrats qui ont pour objectif d'appliquer les buts de la politique industrielle puissent avoir des conséquences néfastes pour l'économie nationale et régionale, et sur le marché de l'emploi. Mais, de ce fait, la firme assistée est irresponsable. Elle sait en effet parfaitement que, si elle ne parvient pas à respecter son programme, l'Etat devra « faire quelque chose ». Il y a donc un danger de mise en tutelle des firmes aidées qui ne sont plus soumises à aucune pression pour se développer de façon efficace. Or, le fondement des méthodes modernes de gestion est le principe de responsabilité. Les dirigeants sont libres de tout entreprendre, mais leur gestion doit être appréciée « a posteriori » en fonction de son efficacité et éventuellement sanctionnée. De même que l'administration doit encourir une responsabilité contractuelle si la méthode directive ne permet pas d'atteindre les buts de politique économique qu'elle poursuivait, de même l'entreprise doit-elle être sanctionnée lorsqu'elle ne remplit pas ses engagements. Mieux vaudrait donc définir des critères d'appréciation de la force majeure et sanctionner toute inexécu-

(1) *J. O.* du 3 novembre 1951, p. 11843.

tion fautive, quitte à prendre en charge les effets néfastes de cette sanction par d'autres moyens (1).

La deuxième critique est liée à la première. L'appréciation de la force majeure ne peut que difficilement résulter de principes abstraits. Elle appert en droit commun d'une série de décisions concrètes, elle naît du fait, et est, par essence, une construction jurisprudentielle. Or, en notre matière, c'est l'administration qui, cas par cas, guidée par les seuls soucis d'opportunité, prend certaines dispositions à la suite d'une mauvaise exécution. Il est impossible de dégager les principes qui guident son action, puisqu'elle n'en suit pas. De plus, l'administration est partie au contrat, et il est parfaitement inadmissible qu'elle ait le pouvoir de décider des suites d'une inexécution. L'on comprend que les parties puissent en commun décider du contenu de leurs engagements car leurs intérêts sont convergents lors de la conclusion. Cela est inconcevable en cas d'inexécution, puisque par hypothèse leurs opinions divergent diamétralement sur les suites qu'elle comporte. Il est indispensable qu'un tiers au contrat, arbitre ou juge, puisse qualifier la faute contractuelle et en déduire les conséquences sur le contrat.

Dans ce cas se poserait le problème de savoir qui, du créancier ou du débiteur, doit prouver l'inexécution ou l'exécution de l'obligation. En droit commun on distingue suivant que les obligations sont de moyen ou de résultat (2). Dans les secondes la faute contractuelle est présumée et si le contrat n'est pas exécuté, c'est au débiteur à démontrer qu'un cas de force majeure l'a empêché d'exécuter. Les obligations de résultat permettent plus aisément au créancier d'obtenir une exécution ponctuelle. Comme c'est l'exécution prévue, au moment prévu, qui est importante en matière d'interventionnisme économique, l'on doit qualifier d'obligations de résultat les obligations nées du contrat d'aide. De surcroît, nous avons vu à l'occasion de l'étude des contrats fiscaux que l'obligation des contractants ne pouvait pas seulement être un engagement de « faire son possible » mais qu'ils assurent un résultat précis (3). Les parties au contrat d'aide financière promettent également un résultat. Toutes ces raisons conduisent à imposer la charge de la preuve au débiteur, qui devra établir le cas de force majeure. La détermination du contractant sur qui pèse la charge de la preuve et, d'une façon générale, les conditions de la responsabilité contractuelle, figurent parmi les règles qui organisent l'exécution par équivalent. Et l'Etat devrait respecter ces conditions pour employer des moyens de pression dont il dispose.

(1) En sens contraire cf. M. ARRIGHI DE CASANOVA. « Les quasi-contrats du plan. » Droit social, juin 1965, p. 352. « Même si le quasi-contrat comporte des « morceaux de contrats », ceux-ci ne peuvent être soumis aux règles rigoureuses des obligations car ils s'inscrivent dans un système général dont ils sont tributaires pour leur exécution. »

(2) Cf. *supra*, pp. 127 et s.

(3) *Id.*

II. Les moyens de l'exécution forcée

Nous n'examinerons ici que la menace de contentieux et les pénalités, les moyens de pression étant réservés au paragraphe suivant.

1. La menace de contentieux

Les polices d'assurance crédit, signées par la C.O.F.A.C.E., prévoient expressément les sanctions possibles au cas d'inexécution et stipulent que les contestations éventuelles devront être portées devant la juridiction civile. Lors de l'exécution des prêts du F.D.E.S. ou des prêts de recherche-développement, l'institution financière peut saisir le Trésor au cas de difficulté. Celui-ci peut menacer de communiquer le dossier à l'agent judiciaire qui est chargé de tout acte de poursuite (1). Cette menace est d'autant plus sérieuse que le Trésor jouit souvent de sûretés financières qui garantissent l'exécution.

Les menaces de contentieux sont pourtant moins formidables qu'il n'y paraît au premier abord en raison des faiblesses du contrôle sur l'exécution des engagements de nature économique. Ce sont surtout les engagements financiers dont l'inexécution peut donner lieu à contentieux. De toute façon, les poursuites ne sont engagées qu'en dernier recours. L'administration tente d'abord de réviser les termes du contrat pour faciliter l'exécution. Les comités du F.D.E.S. qui ont participé à l'élaboration du contrat n'interviennent pas à ce stade et la modification est le fruit d'une négociation entre le Trésor, l'entreprise et l'institution financière. La révision doit porter sur le contrat qui unit le Trésor et l'institution financière. Cette dernière recevra ainsi un mandat pour obtenir une modification du contrat de prêt qu'elle a conclu avec la firme. La révision du contrat entre le Trésor et son mandataire peut prendre deux formes. En général, elle résulte simplement d'un échange de lettres entre les deux contractants, qui vaut avenant au contrat de mandat conclu pour le prêt particulier. De façon plus formelle ce contrat peut être modifié par les deux parties. Dans tous les cas le Crédit national est chargé de négocier la révision du contrat conclu avec l'entreprise.

La procédure contentieuse est laissée à l'appréciation du Trésor, sauf lorsqu'un tiers a saisi les tribunaux afin d'obtenir le respect de ses droits par l'entreprise. Le Trésor, créancier, doit intervenir dans la procédure. Dans les autres hypothèses, l'administration apprécie les avantages financiers qui résultent d'une exécution forcée, en regard des inconvénients professionnels économiques ou sociaux qu'elle peut entraîner. Cependant, sur la base de cette menace judiciaire, le Trésor peut octroyer un moratoire, modifier le montant des dettes et les délais de remboursement ; en somme, obtenir des engagements plus précis

(1) Art. 38 de la loi du 3 avril 1955. Cette disposition fait l'objet d'une clause spéciale (art. 4) dans l'avenant du 2 avril 1970 à la convention signée par l'Etat et le Crédit national.

de la part du débiteur défaillant. Eventuellement, une transaction peut déboucher sur une remise gracieuse de la dette.

2. *Les pénalités*

L'administration peut utiliser un texte général qui lui permet d'obtenir l'exécution en nature des stipulations mêmes qui étaient prévues. Au terme de l'article 7 de la loi du 21 juillet 1950 en effet, « quiconque aura, de mauvaise foi, détourné de leur objet tout ou partie des fonds provenant d'un prêt consenti au titre du Fonds sera puni des peines prévues à l'article 405 du Code pénal », texte qui sanctionne l'escroquerie. Cette condamnation est d'autant plus sévère qu'elle peut donner lieu à une contrainte par corps. L'article 749 du Code de procédure pénale, modifié par l'article 12 de l'ordonnance du 4 juin 1960, dispose en effet que la contrainte par corps n'est plus autorisée que pour le recouvrement d'une condamnation « à l'amende ou aux frais, ou à tout autre paiement au profit du Trésor public, prononcée par une juridiction répressive ».

A côté de cette menace très lourde mais délicate à manier, l'administration jouit de moyens indirects de pression stipulés dans la convention d'aide. C'est ainsi par exemple que la convention conclue entre l'Etat et le Crédit national mandate cet établissement pour insérer la clause suivante dans le contrat de prêt : « A défaut de paiement des sommes dues à bonne date au Crédit national, les fractions de principal ainsi que les échéances d'intérêts non payées, sous réserve que pour ces dernières il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière, porteront de plein droit intérêt au taux du prêt considéré majoré de 1 % l'an, sans qu'il soit besoin de mise en demeure » (1). Cette clause correspond très exactement à la clause pénale qui évalue forfaitairement les dommages-intérêts moratoires. Comme en droit commun, la capitalisation des intérêts doit avoir été prévue au contrat et ne joue que pour des intérêts dus au moins pour une année entière. D'autre part, il doit s'agir d'intérêts non payés, mais d'intérêts échus. Toutes ces conditions sont celles que doit remplir la convention d'anatocisme en droit commun (2).

L'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts accordés pour le retard dans le paiement d'une somme d'argent revêt un caractère très général en droit des obligations du fait qu'il n'y a pas d'évaluation judiciaire en la matière. Ceci découle du fait que la preuve d'un préjudice né du retard n'est pas exigée. Le créancier a droit aux dommages-intérêts moratoires sans avoir à justifier qu'il a subi un dommage (3). En effet, une somme d'argent produit toujours un intérêt : le retard dans le paiement entraîne un préjudice. La mise en demeure qui est nécessaire pour faire courir des dommages-intérêts mora-

(1) Art. 1-20 de l'avenant du 2 avril 1970 à la convention du 31 décembre 1948 précité.

(2) Art. 1154 du Code civil.

(3) Art. 1153, al. 2.

toires (1) peut être écartée par la convention des parties. C'est ce que prévoit également le contrat examiné.

La seule limite à l'évaluation conventionnelle des dommages-intérêts en droit commun résulte de la législation sur l'usure. Il y a des périodes où la loi limite le taux de l'intérêt conventionnel. Et pour éviter que l'interdiction ne soit tournée, l'on exige que les dommages-intérêts moratoires ne dépassent pas ce taux légal. Actuellement, cette limite n'est pas gênante puisque la loi interdit seulement de dépasser de plus de moitié le taux d'intérêt moyen pratiqué par les prêteurs de bonne foi pour les opérations de crédit comportant les mêmes risques (2). En toute hypothèse, la limitation ne peut viser le taux de prêts octroyés par le F.D.E.S. même augmenté d'un point, puisqu'ils sont plus intéressants que ceux normalement pratiqués. On pourrait donc imaginer que les pénalités de retard soient plus sévères que celles qui sont actuellement prévues. Il faudra cependant pour cela que les conditions de mise en œuvre soient plus strictement définies.

§ 2. — L'EXÉCUTION PAR ÉQUIVALENT

Au premier abord il semblerait que les dommages-intérêts compensatoires, qui tendent à remplacer par de l'argent une obligation qui n'est pas exécutée en nature, n'aient aucun rôle à jouer en la matière. En effet, une exécution par équivalent n'est pas satisfaisante pour l'Etat : elle ne présente aucun intérêt pour la réalisation des objectifs économiques. Et les dommages-intérêts compensatoires ne peuvent remplacer la prestation due par l'Etat ; les aides financières prennent en effet la forme de sommes d'argent, et des dommages-intérêts ne sont concevables que pour des obligations dont l'objet est autre qu'une somme d'argent. En fait, le retard dans le paiement des aides stipulées peut causer un préjudice à l'entreprise, qui doit être réparé par l'allocation de dommages-intérêts.

L'on a pu opposer un certain nombre d'arguments à l'encontre de la mise en œuvre éventuelle de la responsabilité de l'Etat. Les primes d'équipement « sont prévues pour une durée limitée de l'ordre de deux ans renouvelables. Un risque existe que le renouvellement n'intervienne pas ou qu'il se produise avec modifications... les prêts du F.D.E.S. sont fonction du volume de crédits inscrits, chaque année, à ce compte spécial du Trésor. L'Etat ne peut, pour ces raisons, par voie quasi contractuelle, ni mettre en échec le principe de l'annualité budgétaire, ni s'interdire d'infléchir le sens de la politique, ni en exclure les conséquences, en dehors d'une habilitation législative expresse, pour des partenaires déterminés » (3). En ce qui concerne le régime des diverses aides comme les primes d'équipement, il est certain que

(1) Elle n'est pas requise en droit commun pour les dommages-intérêts compensatoires lorsque l'exécution est devenue impossible.

(2) Décret-loi du 8 août 1935, art. 1.

(3) M. ARRIGHI DE CASANOVA, précité, p. 353.

le non-renouvellement ne peut donner lieu à une mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de l'Etat. Nous avons vu précédemment (1) que la durée de l'aide était modulée de façon à constituer un moyen de pression sur les firmes d'une part, et de préciser d'autre part les objectifs contractuels en fonction de l'évolution passée. Si l'administration refuse le renouvellement ou le fait dans des conditions différentes, elle ne commet aucune faute contractuelle. Le problème demeure de savoir si le principe d'annualité budgétaire et la souveraineté de l'Etat en ce qui concerne la fixation de sa politique permet à l'administration de ne pas tenir ses promesses et de n'encourir cependant aucune responsabilité.

Le principe d'annualité budgétaire comme le principe d'égalité entre les administrés est incompatible avec la politique économique. Lorsque l'Etat décide d'intervenir sur l'industrie, d'en orienter l'évolution et d'en faciliter le développement, les ressources utilisées à cette fin ne peuvent être mesurées chaque année, puisque les objectifs sont en général fixés pour environ cinq ans. Les moyens financiers utilisés aux fins d'interventionnisme doivent faire l'objet d'une autorisation globale en fonction des objectifs visés et leur utilisation doit être contrôlée *a posteriori*. Il n'est pas possible de les remettre chaque année en question. En l'état actuel des choses, du reste, la contrainte des autorisations budgétaires est très lâche, nous l'avons vu (2). Ce n'est pas ce principe qui peut faire obstacle à l'exécution par l'administration de ses engagements.

C'est la même critique d'incohérence avec les objectifs à long terme de la politique économique que l'on peut faire à l'encontre de la souveraineté dont disposerait l'Etat pour infléchir le sens de sa politique. Mais le raisonnement doit être plus nuancé, car l'Etat doit pouvoir modifier les détails de son aide en fonction de l'évolution passée, afin précisément de poursuivre plus efficacement les objectifs finaux. Cependant, les entreprises ont besoin de stabilité pour établir des programmes d'activité, notamment d'investissements. L'aide de l'Etat doit revêtir une certitude tout en ménageant la souplesse d'application. On peut rechercher ce dosage entre la stabilité et l'évolution dans l'application des principes de droit contractuel. Lorsque l'Etat a besoin de modifier l'aide apportée à une entreprise en fonction de l'évolution des résultats atteints par cette dernière, il peut et doit concerter avec elle la révision de l'accord. Les deux contractants ont en effet intérêt l'un et l'autre à ce que le programme soit plus efficacement appliqué : leur volonté concourent à un même but, comme lors de la conclusion de la convention d'aide. S'il s'agit en revanche d'infléchir le sens de la politique économique, l'entreprise peut fort bien ne pas adhérer aux objectifs nouveaux. Dans ce cas, puisque ce sont les objectifs généraux de l'intervention qui changent, l'Etat doit utiliser des moyens globaux de

(1) *Supra*, pp. 143 et s.

(2) *Supra*, pp. 138 et s. De plus il existe en matière d'aménagement du territoire un Fonds d'intervention créé par le décret n° 63112 du 14 février 1963 (J. O. du 15 février) qui permet de financer les investissements indispensables malgré l'insuffisance de crédits.

révision, c'est-à-dire la loi ou le règlement. L'Etat considéré cette fois en tant que puissance publique, dans sa fonction d'organisation sociale, modifie globalement les cadres légaux ou réglementaires à l'intérieur desquels les parties contractantes avaient envisagé leurs relations. La contrepartie de cette intervention d'ordre public est que le principe d'égalité doit être respecté. Mais les contractants de l'administration ne peuvent prétendre à être indemnisés si leurs contrats sont modifiés à leur désavantage du fait de la loi nouvelle. La solution est la même en droit commun lorsque intervient sur le contrat une loi d'ordre public immédiatement applicable (1).

Les conséquences de cette analyse sur la responsabilité de l'Etat au cas d'inexécution sont les suivantes. L'entreprise bénéficiant de l'aide ne peut obtenir de dommages-intérêts au cas de changement des objectifs de la politique économique qui se manifeste par une modification législative ou réglementaire. En revanche, elle doit participer avec l'administration à une révision des clauses de l'accord pour tenir compte d'une évolution économique défavorable. Mais elle est fondée à demander réparation de l'inexécution de ses engagements par l'administration, notamment au cas de retard dans le versement des aides financières. Elle a également un droit à dommages-intérêts si l'administration a rempli ses promesses de façon partielle ou les a modifiées sans négocier avec elle la révision du contrat initial.

Ne pas sanctionner l'administration par une responsabilité au cas d'inexécution serait contraire à l'efficacité et transformerait en arbitraire le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose pour conclure les contrats. Ce serait contraire à l'efficacité car la mauvaise gestion doit être sanctionnée. Il n'est pas normal que des fonctionnaires puissent modifier de façon irresponsable les programmes économiques des entreprises privées. S'ils ont fait une erreur et doivent changer la forme de l'aide ou son destinataire, ils doivent encourir une responsabilité. Laisser à l'administration le droit de ne pas exécuter serait supprimer le contrepois au pouvoir dont elle dispose à la fois pour choisir son contractant et déterminer le contenu de la convention d'aide. Comment peut-on attendre que les agents administratifs effectuent un choix pondéré, s'ils savent pertinemment qu'une erreur de choix n'aura aucune conséquence ?

Le problème est le même que pour la responsabilité de l'entreprise qui compromet l'exécution du programme par une gestion défectueuse. Savoir que l'Etat prendra en charge les conséquences de ses erreurs pour ne pas créer de problèmes économiques ou sociaux ne l'incite pas à améliorer sa gestion. Si l'on admet que l'administration n'encourt aucune responsabilité, alors elle peut se permettre de se tromper dans l'emploi des techniques directives, puisqu'il sera toujours temps de modifier les aides qu'elle octroie, sans encourir aucune sanction ! L'intervention économique devient alors la combinaison de deux actions irresponsables, totalement dénuées d'efficacité. C'est un danger certain dans l'application de la politique économique en France, qui n'est atté-

(1) Sur ce raisonnement, cf. *supra*, pp. 111-112.

nué en ce qui concerne la gestion de la firme contractante que par la menace de résolution des prêts.

§ 3. — LES RÈGLES PROPRES À L'EXÉCUTION DES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

En droit des obligations contemporain, l'on considère que les obligations réciproques, nées d'un contrat synallagmatique, sont interdépendantes. Si l'une n'est pas exécutée, l'autre ne doit pas l'être. Cette conception remonte à l'Ancien Droit et a été introduite par les canonistes, alors qu'en Droit romain l'on considérait les obligations comme étant simplement juxtaposées. Les effets de la connexité sur l'exécution se justifient par des conditions de justice ; mais ils peuvent être transposés en notre matière car ils contribuent à l'efficacité de la méthode contractuelle. Le fondement des méthodes modernes de gestion réside dans le principe de responsabilité. Il faut « mettre sous tension » (1) les relations économiques, de façon à ce que la solution la plus efficace soit retenue à peine de sanctions comme, par exemple, la réduction du profit. Une « tension » doit aussi exister en notre matière pour que la firme respecte ses engagements. Précisément, la connexité existant entre les obligations de l'Etat et celles de l'entreprise permet de l'organiser.

Le principe d'interdépendance des obligations nées d'un contrat synallagmatique entraîne plusieurs conséquences en droit commun. D'une part, lorsqu'une partie n'exécute pas son obligation l'autre peut refuser d'exécuter la sienne en opposant l'exception *adimpleti contractus*. Si le débiteur persiste dans l'inexécution de son obligation, le créancier peut obtenir d'autre part la résolution du contrat.

Ces deux conséquences sont importantes en notre matière. En pratique, l'administration ne verse les primes de développement ou d'équipement que sur justification des dépenses effectuées en conformité avec les engagements pris (2). C'est pousser à l'extrême les conséquences de la connexité, car le mécanisme serait bloqué si les entreprises en faisaient autant. Les établissements financiers se refusent à verser la partie du prêt promis si l'entreprise n'exécute pas ses obligations ou ne le fait que partiellement. De façon identique, les firmes peuvent retarder l'exécution de certaines dépenses tant que l'Etat n'a pas versé les sommes qu'il avait promises à cette fin. En fait l'exception signifie que si l'une des parties réclame l'exécution du contrat sans avoir exécuté sa propre obligation et sans offrir de l'exécuter, l'autre peut

(1) L'expression est de M. GELINIER, *Le secret des structures compétitives*, notamment pp. 288 et suiv.

(2) C'est du moins ce que déclare le D.A.T.A.R. et le Comité interministériel d'information. Pourtant l'arrêté du 21 mars 1969 (*J. O.* du 30 mars, p. 3191), pris en application du décret 69285 du même jour dispose que le ministre peut déclarer que la prime sera versée sur justification des engagements de dépenses afférant au programme considéré dans la limite de 20 % de son montant et sur proposition du F.D.E.S. (art. 3).

repousser sa demande. Cette arme purement défensive est un moyen de pression qui peut décider la firme à exécuter son obligation. Elle est à double tranchant car l'entreprise peut aussi l'utiliser et refuser d'exécuter ses engagements tant que ne lui sera pas apportée l'aide promise. Il dépend des stipulations du contrat de savoir qui doit exécuter le premier.

La situation que crée le refus d'exécuter est toute temporaire. Ou bien le moyen de pression réussit et les parties exécutent leurs engagements. Ou bien le débiteur persiste dans son refus et il reste au créancier à demander la résolution. En matière d'aide financière, la résolution du contrat est peu formelle. L'administration peut annuler ou réduire les primes à la partie exécutée lorsque l'entreprise ne respecte pas ses promesses (1). De façon similaire, les prêts du F.D.E.S. ne sont pas versés ou ne le sont que partiellement lorsque la firme n'exécute pas ses obligations ; le contrat peut même être résilié si la société abandonne définitivement son programme. En matière de recherche également, si le programme n'aboutit pas, ou dans le cas de recherche-développement, lorsque la commercialisation n'atteint pas les objectifs prévus, l'Etat peut retirer son aide purement et simplement. En contrepartie, aucun texte n'autorise l'entreprise à résilier le contrat si l'Etat ne respecte pas ses promesses. Peut-être ne veut-on pas imaginer qu'un agent de l'administration ne puisse respecter les engagements pris. En tout cas, l'on aurait pu instituer un système de responsabilité de l'Etat car l'entreprise a pu commencer d'exécuter le programme promis et en suspendre l'exécution faute de moyen financier. Dans le cas où l'inexécution provient de son fait, il n'existe aucun organisme indépendant pour vérifier que l'entreprise n'a pas exécuté ou l'a fait de façon défectueuse. C'est l'administration, partie au contrat, qui apprécie elle-même le degré d'inexécution (2) et réduit ou annule en contrepartie sa prestation. Ce pouvoir est d'autant plus important qu'il y a, au cas de résolution pour inexécution, une série de modalités d'exécution, qui n'existent pas au cas de résolution pour force majeure. Le créancier a l'option entre la résolution et l'exécution forcée. Il peut accorder un délai au débiteur comme cela se manifeste en notre matière pour les prêts du F.D.E.S. ou, au contraire, l'ajouter des dommages-intérêts à la résolution comme on pourrait le faire pour compenser le coût des équipements collectifs. L'administration use de ces possibilités sans aucun contrôle, et ce n'est pas admissible.

(1) Art. 14 du décret 69285 du 21 mars 1969. Art. 16 ancien du décret 64440 du 21 mai 1964.

(2) En droit commun l'inexécution doit être suffisamment importante pour retirer au contrat l'utilité économique qu'en attendait le créancier. L'inexécution partielle permet seulement, comme en notre matière, de réduire de l'obligation que les créanciers restaient à devoir.

Conclusion

On ne peut qu'approuver le fait que la panoplie des moyens d'intervention de l'Etat fasse une place importante, à côté de techniques purement incitatives, aux techniques directives de préférence aux mesures impératives, car l'Etat doit intervenir sur l'économie en préservant la liberté de chacun. De plus, il doit éviter « de substituer la rigidité de la contrainte à la souplesse des comportements. Contingenter, réglementer, rationner, taxer sont autant de décisions brutales qui ont toujours tendance à désorganiser une réalité par nature plus nuancée, en lui enlevant toute possibilité d'adaptation et en créant, de ce fait, des détournements de trafic dont les effets néfastes sont bien connus : marché noir lorsqu'il s'agit de rationnement (de devises par exemple), changement d'appellation des produits lorsqu'il s'agit des taxations. Plutôt qu'à obliger chacun à aller dans la direction voulue, il est donc bien préférable que la politique de l'Etat cherche à l'inciter à y aller spontanément » (1).

Encore ne faut-il pas que l'Etat fasse miroiter des promesses qu'il ne tiendra pas. Le régime d'exécution est tout aussi important que la liberté de dire « non » que l'on ménage lors de la formation des contrats. Pourtant l'exécution de l'obligation administrative n'est soumise à aucun contrôle.

Cette absence de contrôle est d'autant plus critiquable que le soutien financier offert par les pouvoirs publics est permanent. Il ne s'agit pas d'une aide de circonstance. Les primes, exonérations fiscales, aides et indemnités diverses sont des techniques qui font partie intégrante du système économique et juridique français. Or, nous avons pu constater, tant pour les contrats fiscaux que pour les aides financières, que les dispositions régissant les conditions d'exécution du contrat sont insuffisantes. Non seulement les règles sont imprécises et souvent contradictoires, mais il n'existe pas de juge ou d'arbitre susceptible d'apprécier l'exécution (ou l'inexécution) des stipulations contractuelles.

(1) L. STOLERU, précité, pp. 234-235.

TITRE III

LA RÉGLEMENTATION DES PRIX

Les pouvoirs publics disposent en France de moyens complexes et élaborés pour contrôler les prix. La palette des moyens d'intervention s'étend du blocage pur et simple aux techniques plus souples qui conviennent mieux à une économie libérale comme, par exemple, les accords de programmation. Le système de réglementation des prix, aussi bien le blocage que les accords de programmation, trouve sa source dans les ordonnances 1483 et 1484 du 30 juin 1945 qui donnent au ministre des Finances le pouvoir de bloquer les prix et assortissent de sanctions pénales le délit de hausse illicite. C'est en vertu de ces textes que le ministre a décidé en 1963 du blocage des prix par les arrêtés 24873 et 24874 du 12 septembre 1963 et l'arrêté 24898 du 20 novembre 1963. Cependant, le blocage ne pouvant se poursuivre indéfiniment, les pouvoirs publics ont associé en 1965 les organisations professionnelles à la politique de stabilisation des prix. Cette politique de « concertation » a été mise en œuvre par des procédés divers. En utilisant dès 1965 le procédé des engagements (ou « contrats ») de stabilité, l'administration autorisait les hausses sur certains produits en contrepartie de baisses sur d'autres. Ces accords furent remplacés en 1966 par le système plus ambitieux des contrats de programme (arrêtés n° 25-135 du 9 mars 1966 abrogé par l'arrêté n° 72-8/8 du 14 mars 1972). Les entreprises concernées souscrivaient un certain nombre d'engagements pour la durée du V^e Plan en matière d'investissements, d'emplois ou de productivité et, en contrepartie, obtenaient le pouvoir de déterminer librement leurs prix. L'arrêté du 16 septembre 1971 prorogeait la validité des contrats de programme jusqu'au 15 mars 1972 tout en prévoyant que des « accords anti-hausse » conclus dans le cadre de chaque contrat limiteraient la liberté de détermination des prix. Finalement, les préoccupations anti-inflationnistes l'emportèrent sur le souci de promouvoir les objectifs du plan. Depuis l'arrêté du 15 mars 1972 les entreprises concluent avec l'administration des accords annuels de programmation des prix qui les autorisent à établir librement leurs prix dans les limites prévues par les accords. Les dispositions tenant au comportement économique des entreprises (structure, investissement, politique d'emploi) que comprenaient les contrats de programme ont (peut-être provisoirement) disparu. Ce régime a été reconduit presque à l'identique par trois arrêtés du 3 mai 1973.

Il est indispensable de retracer l'évolution des différents régimes de réglementation des prix qui se sont succédé depuis 1945 pour mieux comprendre la teneur de la réglementation actuelle.

La réglementation la plus directe pour contrôler les prix est le blocage. Le gouvernement en use de temps à autre lorsque l'inflation risque d'affecter trop gravement les termes des échanges internationaux. En période de liberté surveillée des prix, le blocage s'applique pour certains produits ou à titre de sanction. Nous traiterons rapidement du régime de blocage dans la section I.

Pour sortir du blocage de 1963 les pouvoirs publics ont mis en place de façon purement coutumière un système d'accords avec les entreprises industrielles qui ont pris le nom de « contrats » de stabilité (section II). Ces accords n'avaient de contractuel que le nom, mais ont été à l'origine d'un régime qui présentait un caractère contractuel marqué en ce qu'il aurait pu obliger les entreprises à se plier aux dispositions du plan en échange de la liberté de fixer leurs prix. C'est le régime des « contrats de programme » qui a survécu jusqu'en mars 1972 sous la forme des contrats anti-hausse (section III). Enfin, le régime en vigueur depuis mars 1972 jusqu'au mois de mars 1974, en principe, est proche du système des engagements de stabilité. Il s'agit des accords de programmation (section IV).

Section I. — La détermination autoritaire des prix

Nous examinerons dans cette section le système du blocage, de la taxation et le régime du « cadre des prix ».

§ 1. — LE BLOCAGE DES PRIX

Le blocage est un mode autoritaire de fixation des prix : les pouvoirs publics décident que les prix seront gelés au niveau qu'ils avaient atteint à une date déterminée. En s'attaquant au niveau même des prix, le blocage constitue à l'évidence une arme efficace contre l'inflation, mais seulement dans le court terme. S'il n'a pas modifié les causes essentielles de la hausse des prix que sont les anticipations de hausses, le blocage est largement illusoire. On attend simplement que les prix redeviennent libres pour rattraper les augmentations de prix « perdues ». C'est ainsi que le premier gel des prix aux Etats-Unis, qui dura d'août à novembre 1971, fut suivi dans presque toutes les branches d'une hausse des prix bien supérieure à celle qui avait suscité la mesure de blocage. La fixation des prix et des salaires mise en place par l'administration Nixon avait été dès le départ conçue comme une mesure provisoire, et n'a donc nullement modifié les anticipations de hausse. Les agents économiques doivent être persuadés que les pouvoirs publics maintiendront le niveau des prix pendant une durée au moins égale à leur horizon de prévision pour que leurs anticipations se modifient. Pourtant, il ne saurait être question de maintenir trop

longtemps le blocage des prix et des salaires car la taxation, lorsqu'elle se prolonge, introduit des distorsions importantes dans le niveau relatif des prix. Ces distorsions sont difficilement supportables par les intéressés.

Une façon de limiter les effets néfastes du blocage est de l'adapter aux situations particulières. Tous les arrêtés de fixation des prix soustraient certains produits déterminés du blocage, quitte à déterminer les prix de ces produits par des arrêtés particuliers. De plus les ordonnances du 30 juin 1945 prévoient que le ministre de l'Economie et des Finances peut accorder à certaines entreprises des dérogations particulières, ou bien peut décider que les prix de certaines catégories de produits ou de services seront exclus du blocage.

L'octroi de ce régime dérogatoire est en général motivé par l'augmentation du prix de revient du produit due à une hausse du coût des matières premières sur les marchés étrangers ou à une circonstance de force majeure. Cette hausse doit être suffisante, et aux termes de l'ordonnance du 30 juin 1945 cette circonstance sera appréciée par le comité national des prix. Aucune hausse résultant de l'intervention d'intermédiaires nouveaux ne sera admise.

Le blocage des prix qui s'établit par référence aux prix existant à un moment donné ne peut s'appliquer aux entreprises et aux produits nouveaux. Les nouvelles entreprises doivent calculer le prix de vente d'après les « prix nouvellement pratiqués pour des produits ou services identiques par des entreprises similaires ». Pour les produits nouveaux, l'entreprise qui les fabrique doit faire connaître à l'avance ses intentions de prix, et est en droit de les appliquer si aucune opposition n'a été formulée à l'expiration d'un certain délai.

§ 2. — LA TAXATION

La taxation des prix diffère du blocage en ce que les pouvoirs publics déterminent directement le prix du produit taxé alors que le blocage s'effectue par rapport à un prix en vigueur à un moment donné. Il s'agit là d'une mesure particulière qui ne s'applique qu'à des produits bien spécifiés comme par exemple l'essence (arrêté 72-28/P du 31 mai 1972) et pour une durée indéterminée. Cependant, l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 prévoit la possibilité de majoration ou de diminution par rapport au prix taxé. Ces modifications doivent être déterminées par arrêté.

§ 3. — LE RÉGIME DU CADRE DES PRIX

Certains produits, comme par exemple les produits pharmaceutiques (arrêté n° 25680 du 30 décembre 1968) sont soumis au régime du « cadre des prix ». Ce régime est original en ce que les prix maximum sont déterminés par l'entreprise et reflètent les modifications qui affectent les prix des différents composants du produit. Mais l'administra-

tion détermine la pondération des différents éléments du prix, c'est-à-dire le coût des matières premières, ; le coût de la main-d'œuvre et les frais de fabrication ; le coût des fournitures de conditionnement et d'emballage ; la marge bénéficiaire. Ce régime permet une souplesse que n'offrent ni le blocage ni la taxation, puisque la grille fixée par l'administration n'a pas besoin d'être modifiée incessamment comme c'est le cas de la fixation du niveau absolu des prix.

Section II. — Les « contrats » de stabilité

Après le succès du plan de stabilisation de 1963, les pouvoirs publics ont voulu dépasser un système trop rigide. Consciente de ce qu'une situation de blocage pure et simple ne pouvait se prolonger plus longtemps à cause des distorsions qu'elle introduit entre les produits, mais cependant désireuse de préserver la stabilité d'ensemble des prix, l'administration a recherché un système qui, « en donnant les garanties juridiques et en conservant les avantages de la stabilité, apporterait aux industriels une certaine liberté de manœuvre et leur redonnerait la possibilité d'agir sur leurs prix sans solliciter d'autorisation particulière, et de mieux s'adapter à la concurrence nationale et internationale » (1). Ce système consistait à maintenir le niveau global des prix des produits vendus par chaque entreprise, mais à autoriser une évolution relative des prix au sein de la production de ces firmes.

Avant même la publication du plan de stabilisation, une loi du 2 juillet 1963 avait prévu le principe d'une collaboration entre l'administration et les secteurs professionnels. Ce texte prévoyait la possibilité d'octroyer certains avantages aux entreprises qui s'engageraient à pratiquer des prix et des conditions de vente ayant reçu l'agrément de l'administration et déterminait l'organe administratif compétent à cette fin. Lorsque les mesures de septembre 1963 organisant le blocage des prix furent prises, l'idée d'une collaboration de cet ordre qui n'avait plus aucune raison d'être fut abandonnée.

La pratique reprit vigueur de façon purement coutumière par la suite. La direction du Commerce intérieur et des prix, avec l'autorisation du ministre des Finances et de l'Economie, recueillit des « engagements de stabilité », sans qu'aucun texte n'en vint préciser les conditions.

La formule fut au départ quelque peu « boudée » par les branches professionnelles. Elles ne croyaient pas, en effet, à sa pérennité, mais y voyaient seulement un aménagement du blocage des prix dont le gouvernement devrait sortir tôt ou tard, pensaient-elles. Les deux ou trois premiers mois, aucun de ces engagements baptisés « contrats de stabilité » ne fut conclu. Mais devant le maintien du régime de blocage et la volonté réaffirmée du gouvernement de s'y tenir, les industries

(1) Rapport LISTAMBERT, in *Bulletin mensuel de la Chambre de commerce de Paris*, mai 1965, n° 5.

changèrent d'attitude. Au total cent cinquante engagements de stabilité furent signés (1).

Dès sa création, l'on a considéré cette formule comme un exemple de contrat entre l'Etat et les entreprises en matière de prix. La formule de « contrat de stabilité » frappait de surcroît l'imagination et l'on sait le rôle que jouent les facteurs psychologiques sur le développement de l'inflation notamment par le biais des « anticipations ». Elle soulignait que la stabilité des prix résulte de l'effort de la nation tout entière, notamment de l'industrie et de l'Etat. La « bataille du franc » est suffisamment importante pour qu'il naisse entre eux une collaboration ! En dehors de ces facteurs psychologiques, la notion contractuelle semblait être techniquement la plus satisfaisante, puisque l'administration et l'entreprise faisaient des concessions réciproques et assumaient des obligations à la suite d'un accord de volonté.

Pendant, l'examen du contenu de ces prétendus contrats montre qu'ils ne méritent pas l'appellation que l'administration leur a généreusement conférée.

Le mécanisme comprend un « engagement » de stabilité signé en général par les organisations syndicales patronales, un arrêté des prix signé du ministre de l'Economie et des Finances qui produit effet par l'adhésion des entreprises concernées. Les syndicats patronaux pouvaient solliciter de l'administration l'octroi de la « liberté compensée des prix » en souscrivant un engagement de stabilité. Cet engagement était valable pour une année mais sa validité dépendait de la politique des prix que viendrait à suivre le gouvernement. Les syndicats professionnels s'engageaient dans cette limite à ne pas dépasser le niveau moyen des prix à la production de leurs produits cataloguables, tel qu'il résultait du blocage au 30 août 1963. L'engagement énumérait les activités de la branche professionnelle qu'il visait, si bien que certains produits pouvaient être laissés en dehors de son champ d'application. Les « contrats » de stabilité autorisaient la répercussion de la hausse des matières premières importées et c'est là une disposition que l'on retrouve dans toutes les techniques « conventionnelles » de fixation de prix. Certains « contrats » permettaient aussi de tenir compte de la variation des frais généraux ou de la hausse d'un produit déterminant pour l'activité de l'industrie considérée (2). Les professionnels s'engageaient à maintenir dans leur gamme de production les produits vendus aux prix les plus bas, sous réserve qu'ils soient l'objet d'une demande suffisante. La seule disposition qui ne portait pas directement sur les prix était l'engagement de pratiquer une politique de salaires compatible avec les buts poursuivis par le plan.

A la suite de cet engagement, qui est en somme une déclaration de principe de la part des syndicats patronaux, le ministre des Finances était entièrement libre de prendre un arrêté de prix comme l'y habilitait

(1) A. DE LATTRE, in *Politique économique de la France*, Cours I.E.P., Paris, 1971-1972, fasc. II — 220.

(2) Cf. « Modalités de Fixation des Prix », 2^e rencontre Université-Entreprise, Aix-en-Provence, 17-18 novembre 1972, C.C.I.P.

l'ordonnance 45-1485 du 30 juin 1945. Cet arrêté précisait que les entreprises désirant bénéficier des dispositions de l'arrêté devaient notifier leur adhésion à l'engagement de stabilité et il indiquait les modalités suivant lesquelles les barèmes des entreprises devaient être communiqués à la direction des prix qui exerçait le contrôle de l'exécution des engagements. L'adhésion d'une entreprise à l'engagement professionnel lui permettait de procéder à des hausses sur certains produits en contrepartie de baisses sur d'autres afin que soit respectée la stabilité globale des prix.

Il apparaît donc que le « contrat » de stabilité permettait à l'administration d'offrir une liberté compensée des prix sous réserve que l'entreprise promette de la respecter dans les conditions déterminées par l'engagement du syndicat professionnel. Il aurait été plus direct (et la situation eût été la même) d'imposer aux entreprises qui demandaient la liberté des prix le respect d'un niveau moyen des prix. Un tel arrêté aurait été légalement fondé puisque l'administration a le pouvoir de réglementer les prix. L'arrêté de libération des prix se serait alors appliqué aux entreprises qui en invoquaient le bénéfice. Le mécanisme des « contrats de stabilité » s'analyse donc comme une règle de droit facultative car l'administration ne s'engageait à aucun moment dans cette procédure, ni envers les syndicats professionnels ni envers les firmes. Le ministre publie simplement un arrêté dont les dispositions reprennent celles de l'engagement professionnel. Cet arrêté ne s'applique qu'aux seules entreprises qui en font la demande. Alors que les règles supplétives de volonté s'appliquent à condition que les intéressés ne les écartent expressément, les arrêtés de libération des prix s'appliquent si les intéressés les invoquent expressément. En somme la situation des entreprises est fort semblable à celle des familles nombreuses qui peuvent bénéficier d'une assistance financière si elles en font la demande. Les arrêtés de stabilité s'insèrent donc dans la tendance contemporaine de la législation que l'on pourrait qualifier d'attractive, qui est d'inciter en aménageant des régimes différents, plutôt qu'ils ne participent de la notion contractuelle. Les ordonnances de 1945 confèrent au ministre le pouvoir de déterminer le niveau des prix et c'est ce qu'il fait dans le cadre des accords de stabilité. En revanche, le ministre ne pourrait imposer aux entreprises un objectif de politique industrielle. Cependant, le blocage des prix permettait de dépasser le stade où les engagements des entreprises intéressées ne portent que sur le niveau des prix. Sur la base juridique d'interdiction, l'administration pouvait inciter les firmes à adopter, sous forme d'engagements contractuels, des comportements qu'elle ne pouvait imposer par acte administratif unilatéral. Cette connexité entre la liberté des prix et la détermination en commun d'un comportement économique souhaitable est d'autant plus naturelle qu'elle existe au plan économique. Dans une situation de blocage des prix, les entreprises travaillent à réduire le coût de la production. Si la libération des prix n'intervient pas sous la pression d'une augmentation de ces coûts, essentiellement des salaires, on peut considérer dans un premier temps que les coûts n'augmentent pas immédiatement après une libération des prix. Si les circonstances du marché sont favorables à une hausse des

prix, ce qui est vraisemblable, la hausse se traduira pour l'entreprise par un accroissement de ses marges de profit. L'on comprend fort bien, au cas où la libération des prix permet d'accroître les marges de profit, que l'administration puisse être associée à leur affectation. Il peut donc se développer une politique de concertation entre l'administration et les branches industrielles permettant de déterminer en commun l'affectation souhaitable à donner à l'addition de fonds propres résultant de la hausse des prix : investissements, recherche, formation professionnelle ou hausse des salaires par exemple. En bref, partant de la contrainte que constitue le blocage des prix, le gouvernement pouvait obtenir des entreprises des engagements quant à leur comportement économique permettant de faire passer dans les faits les objectifs de sa politique industrielle.

Section III. — Les contrats de programme

Le mécanisme des contrats de programme a été présenté dès l'origine comme un régime durable, traduisant à la fois la philosophie gouvernementale en matière de prix, et le souci de donner un contenu aux objectifs de la politique industrielle sans recourir aux méthodes impératives. Le gouvernement a insisté plusieurs fois sur ce point (1). Et, pour marquer l'importance de la technique nouvelle, l'exposé des motifs de l'arrêté du 9 mars 1966 a été publié au B.O.S.P., ce qui arrivait pour la deuxième fois seulement dans les annales de cette publication. Il ressortait de ce texte que la philosophie économique du gouvernement en matière de prix reposait sur des contrats passés avec les entreprises. « L'arrêté nouveau ouvre aux industriels la possibilité de négocier collectivement ou individuellement une liberté d'établissement de leurs prix en contrepartie d'un engagement contractuel qui permettra l'observation périodique et bilatérale des facteurs principaux concourant à court et à moyen terme à la formation des prix (gain de productivité et leur partage, renouvellement et développement des immobilisations, commerce international, efforts de recherche et leurs résultats...), ainsi que l'examen des résultats obtenus par cette discipline des prix » (2). Certains auteurs ont aussi reconnu quelque valeur contractuelle au mécanisme (3). Dans un contrat de programme,

(1) Cf. par exemple le discours de M. Debré prononcé le 29 juin 1967 devant l'Assemblée nationale. F. X. Ortoli, alors ministre des Finances à la suite de M. Debré, précisait l'année suivante également devant l'Assemblée nationale : « Nous conserverons pour l'ensemble des prix l'esprit et les méthodes mises en place aux mois de juin et juillet derniers, pour une action concertée entre les pouvoirs publics et les entreprises, action qui s'exprime par des contrats et des conventions » (A.N., 27 novembre 1968, *J. O.*, débats, p. 4875).

(2) Exposé des motifs de l'arrêté n° 25135 du 9 mars 1966.

(3) J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *A.J.D.A.*, novembre 1967, précité.

l'administration offre un avantage déterminé sous certaines conditions, comme par exemple l'information systématique fournie par les intéressés sur l'évolution de leur secteur ou l'organisation d'un contrôle sur les activités des entreprises qui doivent être compatibles avec les objectifs du plan, et l'obligation de participer à des consultations périodiques et bilatérales. Contrairement aux « contrats » de stabilité dans lesquels l'administration n'a aucun droit contractuel ni aucune obligation, mais offre seulement un régime de faveur aux entreprises qui le désirent, le contrat de programme contient quelques engagements assumés par les entreprises dont la teneur dépend de leur situation particulière. L'administration n'a pas le pouvoir d'imposer ces obligations par acte administratif unilatéral. Seul l'échange des volontés et l'acceptation de ces obligations par l'entreprise contractante peut leur donner force obligatoire. L'administration dispose au demeurant d'une certaine « autonomie de la volonté » puisqu'elle peut d'une part libérer totalement les prix ou se réserver de formuler une opposition à la modification de tarifs projetée par l'entreprise (1), et d'autre part peut refuser l'acceptation par l'entreprise des obligations qui lui permettent d'obtenir la liberté des prix. Si l'on examine la situation créée par le contrat de programme après que l'entreprise ait accepté les obligations précisées par l'engagement professionnel et que l'administration ait donné son accord exprès à l'adhésion de la firme, on peut dire que les rapports entre l'entreprise et l'Etat sont de nature contractuelle.

Malheureusement, la nature des rapports entre la branche, l'administration et les entreprises du secteur avant ces adhésions individuelles, est loin d'être claire. L'incertitude résulte de trois facteurs. D'une part, le contenu des obligations et les rapports triangulaires entre ces trois intéressés sont très incertains. D'autre part, les éléments de précision figurant dans la réglementation sont parfois contradictoires. Enfin, et pour couronner le tout, le vocabulaire n'est pas fixé ; notamment, la notion de contrat de programme peut être employée pour désigner l'engagement professionnel, la situation de prix dans la branche, ou l'accord des entreprises du secteur. En matière économique, l'administration arrête des ensembles de règles sans se soucier le moins du monde de leur cohérence et de leur précision.

Le mécanisme des contrats de programme comportait trois pièces : un engagement professionnel, un arrêté ministériel et l'adhésion des entreprises à l'engagement. La procédure est donc semblable à celle des engagements de stabilité. Seulement, celle des contrats de programme a été prévue par un texte à la différence du régime des enga-

(1) Cf. les arrêtés du 29 août 1966 qui prévoient cette possibilité pour certaines branches, en disposant que « les fabricants ne seront autorisés à pratiquer les prix et les conditions qui figurent à ces barèmes faisant connaître les modifications de prix que dans la mesure où ils n'ont pas formulé dans un délai de 15 jours à compter de la date de réception de ces barèmes dans les services de la Direction générale du commerce intérieur et des prix ».

gements de stabilité. Le champ d'application des contrats de programme était défini par référence à la nomenclature I.N.S.E.E. des activités économiques. Les dispositions de l'engagement professionnel ne prenaient effet que dans la mesure où intervenait un arrêté plaçant les produits visés dans le régime de la liberté contractuelle. Enfin, les contrats de programme étaient conclus pour la durée du V^e Plan mais leur validité a été prorogée jusqu'au 15 mars 1972.

§ 1. — L'ENGAGEMENT PROFESSIONNEL

Les engagements professionnels qui marquent le début de la procédure comprennent des dispositions de portée générale tenant notamment à la réalisation du V^e Plan, et c'est là leur trait caractéristique. Aucune condition de capacité particulière n'était requise pour signer un engagement professionnel : aux termes de l'arrêté du 9 mars 1966, « les entreprises, groupes d'entreprises ou secteurs professionnels dont les prix sont réglementés notamment par application des arrêtés n^o 24873 du 12 septembre 1963 et n^o 24898 du 2 novembre 1963 » peuvent signer un tel engagement. Nous avons vu en étudiant le mécanisme des contrats fiscaux (1), que les conditions de capacité étaient particulièrement détaillées en cette matière. Chaque type de contrat fiscal poursuit un objectif de politique économique défini, et les conditions de capacité édictées par chacun d'entre eux permet d'écarter les firmes qui ne présentent pas les conditions de structure et d'activité nécessaires à l'application de l'objectif visé. De surcroît, par l'énoncé des conditions détaillées de capacité, les textes de loi instituant une catégorie déterminée de contrats fiscaux ont pour effet d'inciter les firmes à remplir les conditions et à se plier ainsi aux objectifs industriels généraux. Il y a ainsi en matière fiscale des conditions légales nombreuses et détaillées qui limitent le pouvoir de choix de son contractant par l'administration. Au contraire, les contrats de programme dérogent à une règle générale applicable à l'ensemble de l'industrie qui est la fixation autoritaire des prix. La règle de blocage des prix a un domaine d'application très large et ne vient pas limiter le champ d'application des exceptions que l'administration peut y apporter par la conclusion de contrats de programme. De même que le blocage des prix s'applique à presque toutes les entreprises, de même les contrats de programme peuvent être conclus avec presque toutes les firmes. Comme de surcroît, l'administration n'a pas introduit en la matière un ensemble de conditions de capacité à valeur incitative, son pouvoir de choix n'est pas limité. Elle peut contracter avec n'importe quelle branche et négocier un ensemble d'obligations contractuelles adéquats pour la politique industrielle. Le secteur sera lié par ces obligations contractuelles s'il les accepte. Il n'y a pas d'effet simplement incitatif dans

(1) Cf. pp. 74 et s.

le contrat de programme, qui est purement directif et appartient à la quatrième catégorie de techniques directives à laquelle nous avons fait allusion en traitant des contrats fiscaux (1).

Il est bien évident que la liberté compensée des prix n'a d'intérêt que pour les firmes dont les prix sont bloqués. Comme le font les contrats fiscaux, les contrats relatifs aux prix ménagent des dérogations à des textes antérieurs. Le blocage des prix, les impôts et taxes, constituent des contraintes pour la firme qui recherche la maximisation de ses profits, contraintes dont elle aimerait se débarrasser ou au moins atténuer. Pour cela elle est prête à souscrire des engagements qui vont au-delà d'une politique fiscale ou d'une politique des prix, et concernant son comportement économique. C'est pourquoi l'on a pu dire que le blocage des prix d'août 1963 ne serait pas aboli de sitôt, car « c'est sur cette base juridique que peuvent se déterminer les contrôles nouveaux » (2). Ces contrôles nouveaux, ces obligations tenant au comportement industriel sont proposés aux firmes en échange d'arrêtés apportant des exceptions au régime de blocage, dans le cadre de contrats de programme. La profession s'engageait « pour la durée du V^e Plan, mais sous réserve de l'incidence des facteurs économiques échappant à son contrôle, à orienter son action en vue de la réalisation des objectifs généraux économiques et financiers définis par le plan ». De cette obligation, on a pu dire qu'elle correspondait « assez exactement à ce qui est pour un texte de loi ou un règlement, l'exposé des motifs, et ne crée certainement à la charge des professionnels aucune obligation juridique précise » (3). Il apparaît, en effet, que cet engagement ne fait que préciser un but assez général et justifier en quelque sorte le contenu du contrat de programme, comme le porte à croire la phrase qui suit ce chapeau : « à cette fin et sous cette réserve, les dispositions qui suivent font l'objet du présent engagement professionnel... » Si cet engagement constitue plus une introduction à ce qui va suivre qu'une obligation contractuelle précise, il n'en est pas moins riche de signification pour l'interprétation de la technique des contrats de programme. Il est en effet permis de déduire de ce « chapeau » que les obligations contenues dans l'engagement professionnel tendent à orienter l'action de la profession en vue de la réalisation des objectifs généraux, économiques et financiers définis par le plan. Par conséquent, ces obligations ne s'adressent pas tant aux firmes du secteur qu'à la branche tout entière.

Les professionnels s'engageaient en général à améliorer la productivité grâce à la réalisation des investissements productifs nécessaires, grâce aussi à la concentration et à la spécialisation des entreprises. L'engagement professionnel prévoyait souvent que la rationalisation serait poursuivie, notamment dans le domaine des approvisionnements et des études. Les branches pouvaient aussi promettre

(1) *Supra*, pp. 74 et s.

(2) A. DE LATTRE, in *Politique économique de la France*, cours I.E.P., Paris, 1968, p. 227.

(3) J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *op. cit.*

d'augmenter la production en quantité et en valeur, de développer les exportations de façon sensible et, enfin, d'adapter l'évolution des salaires et des prix aux objectifs généraux du plan. Il était ainsi convenu que la baisse relative des prix sera au moins celle prévue pour l'ensemble des produits industriels. D'autre part, certaines entreprises choisies en fonction de leur représentativité devaient fournir chaque semestre des renseignements précis sur leur évolution, à la demande conjointe de la direction générale du Commerce intérieur et des Prix et de la division des Industries diverses et du Textile.

On a contesté le caractère d'obligation juridique de ces engagements (1). En effet, « qu'il s'agisse de prix, de salaires, de productivité, etc., l'engagement de suivre une politique n'est jamais pris que dans la mesure du possible : quand bien même il est l'aboutissement d'un processus conventionnel, cet engagement trop général ne crée pas de situation juridique subjective ». L'on peut répondre à cet argument que ce n'est certes pas la condition « du possible » qui puisse faire obstacle à la nature juridique subjective de ces engagements. Au contraire, il n'y a d'obligation juridique qu'autant que le devoir est possible. C'est une maxime du droit qu'à l'impossible nul n'est tenu. C'est plus qu'une simple excuse : c'est une exclusion de l'obligation. L'argument suivant lequel l'engagement est trop général pour créer une situation juridique subjective est plus sérieux. C'est une condition évidente du contrat que l'on sache ce à quoi le débiteur s'est engagé. Cette condition est purement logique car elle commande la possibilité de l'exécution du contrat. Elle doit par conséquent être valable en matière de contrat de programme, comme elle l'est en droit commun. Précisément en droit commun, lorsque l'obligation ne porte pas sur un bien matériel, il suffit de préciser le service ou l'abstention promis. La condition de détermination est largement entendue dans ce cas. Il n'est pas nécessaire que l'objet du contrat soit chiffré, il suffit que l'obligation de faire soit suffisamment précisée pour pouvoir être exécutée. Les promesses relatives à l'amélioration de la productivité, ou celles tenant aux exportations, sont assez précises pour être exécutoires par la branche.

Enfin, l'arrêté du 9 mars 1966 faisait de la fourniture d'informations à l'administration une des pièces essentielles du système et l'organisait en prévoyant d'une part des contacts périodiques entre les partenaires au contrat, d'autre part la fourniture de renseignements par les professionnels à l'administration. Les syndicats professionnels s'engageaient à maintenir des contacts périodiques, au moins deux fois par an, avec la direction générale du Commerce intérieur et des Prix et celle des Industries diverses et des Textiles. L'objet principal de ces contacts était de procéder à un examen bilatéral de l'évolution enregistrée au cours de la période écoulée et des perspectives probables pour la période suivante. Les syndicalistes examinaient avec les représentants de l'administration l'évolution des prix, des salaires et de la productivité, la progression de la production et des investissements.

(1) J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *op. cit.*, p. 587.

L'autre engagement de la Chambre Syndicale était de faire parvenir les statistiques industrielles annuelles obligatoires prévues par la loi du 7 juin 1951 à l'administration, ainsi que tous les renseignements concernant l'évolution des structures (fusions, concentrations) et l'importance globale des investissements réalisés. Enfin, elle devait informer la direction des Prix de l'évolution des prix de ses produits types.

Cette obligation de renseignement assumée par la branche professionnelle soulève le problème de la valeur des renseignements. On sait les difficultés qu'ont les organes administratifs pour obtenir des informations sérieuses auprès des industriels aux fins d'établir des statistiques par exemple. Ces difficultés n'ont d'égal que celles que supportent les entreprises assaillies de questionnaires administratifs. On peut imaginer que l'obligation de la branche revête deux degrés : l'organisation professionnelle assume soit une obligation de bonne foi et promet de faire son possible pour que les erreurs soient réduites, soit garantit la sincérité technique de l'information. Il est difficile de caractériser le contenu exact de l'obligation de renseignements, mais il est vraisemblable qu'il dépendait de la cohésion des entreprises du secteur autour de l'organisation syndicale. En tout cas, les représentants du patronat trouvaient cette obligation de renseignements trop précise.

§ 2. — L'ARRÊTÉ MINISTÉRIEL DE LIBÉRATION DES PRIX ET L'ENGAGEMENT PROFESSIONNEL

L'arrêté du 9 mars 1966 qui instituait le mécanisme des contrats de programme ne précisait pas qui avait compétence pour délivrer un arrêté de libération des prix, mais cela résulte de l'ordonnance n° 45 1483 du 30 juin 1945 à laquelle l'arrêté fait référence. Aux termes de ce texte, le ministre des Finances, le ministre de l'Economie (lorsqu'il existe) et, par délégation, certains agents administratifs ont compétence pour préciser le montant maximum des prix. Le ministre dispose du choix des procédés à mettre en œuvre et peut de déterminer les prix par « tous moyens appropriés ». L'arrêté de libération des prix trouve donc sa base légale dans l'ordonnance du 30 juin 1945 et l'atteinte qu'il porte à la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas illégale (1). Cependant, l'arrêté se réfère à l'engagement professionnel qui peut introduire des différences de traitement. N'opère-t-il pas une discrimination illégale entre les intéressés ? Là encore, l'ordonnance du 30 juin 1945 légalise le procédé. Le dernier alinéa de l'article 1^{er} prévoit « qu'en outre, les ministres qui ont compétence pour prendre les décisions prévues au premier alinéa, paragraphes 1^{er}, 2^e, 3^e et 5^e du présent article, peuvent assortir ces décisions de toutes dispositions accessoires destinées à en assurer l'applica-

(1) C.E., 2 mars 1973, « Syndicat du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages », G.P. des 23-24 mai 1973, p. 10. Note Frank Moderne.

tion et à faciliter le contrôle de leur exécution ». De plus, « toute disposition figurant dans lesdites décisions et qui ne se rattacherait pas directement à la fixation des prix est réputée disposition accessoire au sens de l'alinéa ci-dessus ». Enfin, le Conseil d'Etat a précisé dans son arrêt du 2 mars 1973 que les différences de traitement qu'introduisait un engagement professionnel répondent à des différences de situation et ne peuvent être considérées comme illégales (1). Cette position est conforme à une jurisprudence bien établie : « la règle de l'égalité de traitement des divers intéressés n'interdit pas les discriminations entre des catégories de personnes qui se trouvent dans des situations différentes » (2). Dans la mesure où les engagements professionnels modulaient les obligations des secteurs (ou de branches à l'intérieur du secteur) en fonction de la situation particulière à ces secteurs ou à ces branches, ils n'étaient par conséquent pas illégaux.

Les arrêtés donnaient l'autorisation aux fabricants ayant notifié leur adhésion au contrat de programme, de fixer librement le prix de vente de leurs produits. Ils établissaient la procédure de communication des barèmes et des conditions de vente à la direction du Commerce intérieur et des Prix.

Le ministre n'avait aucune obligation de publier un arrêté de libération des prix et l'administration ne s'engageait à rien une fois que l'arrêté avait été publié. En revanche, les engagements professionnels prenaient force obligatoire dès que l'arrêté était délivré. Quelles étaient les obligations des organisations syndicales patronales ? Il faut distinguer deux sortes d'engagements assumés par les chambres syndicales.

D'une part, les représentants professionnels s'engagent à maintenir des contacts suivis avec l'administration afin d'examiner en commun l'évolution passée et les perspectives économiques du secteur professionnel ; ils jouent le rôle de courroie de transmission entre l'administration et les firmes, ils s'obligent également à lui fournir différents renseignements dont nous préciserons le contenu ultérieurement.

Mais ces engagements sont, au moins en théorie, de loin les moins importants dans l'engagement professionnel déposé auprès de la direction des Prix. L'organisme syndical promet également et surtout une série de résultats économiques, tenant à l'amélioration de la productivité, la rationalisation des productions, l'augmentation des exportations, la politique des salaires, etc. Comme l'organisme syndical ne peut exécuter par lui-même des obligations de cet ordre, on peut se demander dans quelle mesure il est juridiquement obligé par sa promesse.

Le choix fondamental consiste à reconnaître ou non une obligation des syndicats professionnels portant sur cette partie de l'engagement qu'ils n'exécutent pas directement. Si l'on admet que les organes syndicaux sont personnellement engagés, on peut imaginer des obligations

(1) C.E., 2 mars 1973, G.P. des 23-24 mai 1973.

(2) C.E., 15 juillet 1959, « Chambre syndicale des bureaux d'études techniques », Rec. Lebon, p. 469.

de différents ordres. Certes, en toute hypothèse, leur obligation ne peut avoir comme objet que de susciter l'activité des firmes du secteur. Mais elle peut être plus ou moins contraignante : les syndicats professionnels peuvent se porter fort d'obtenir des firmes du secteur qu'elles adoptent chacune le comportement prévu dans l'engagement professionnel, ou seulement garantir que les objectifs fixés dans cet engagement seront globalement respectés pour la branche. Ils peuvent aussi ne pas aller jusqu'à promettre un résultat économique, mais s'engager à susciter l'adhésion du plus grand nombre d'entreprises possibles, disons du nombre suffisant pour satisfaire les objectifs économiques. Dans tous les cas, ce choix suppose que le syndicat dispose de certains moyens de contrainte sur les entreprises récalcitrantes. En effet, si l'on admet que le secteur est collectivement responsable de certains engagements, il ne faut pas que les entreprises qui font leur possible pour atteindre les objectifs prévus, rationalisent leur production, accroissent leur exportation, etc., soient pénalisées du fait de certaines firmes, sans avoir le moyen de se défendre. Mais cela suppose la naissance d'un certain pouvoir corporatif qui n'existe pas. De plus, l'on ne peut pas admettre dans ce cas que l'administration puisse écarter certaines entreprises de façon discrétionnaire en refusant leur adhésion à l'engagement professionnel. L'arrêté n° 25636 du 29 novembre 1969 a pourtant subordonné l'adhésion des entreprises à l'agrément de la Direction des Prix.

Il apparaît donc que les contrats de programme ne mettaient aucune obligation à la charge des syndicats professionnels à part celle de renseignement. Les organisations syndicales pouvaient se désintéresser totalement de la signature des contrats individuels et les généreuses déclarations relatives à l'exécution du V^e Plan qui figuraient dans les engagements professionnels n'étaient que des déclarations d'intention sans aucune force juridique. « Sans doute existe-t-il une entente entre l'administration des finances et les professionnels, mais cette entente relève des négociations " diplomatiques " et ne se traduit pas par un traité en bonne et due forme. L'administration accepte de mettre en réserve son arsenal de moyens autoritaires si les témoignages de bonne volonté des industriels ou des importateurs lui paraissent suffisants » (1).

On comprend, dans ces conditions, que les milieux professionnels ne se soient pas sentis directement engagés par le contrat de programme. Il s'agissait pour eux d'une pétition de principe à laquelle ils ne pouvaient pas ne pas souscrire. Certains syndicats professionnels, en signalant la parution de l'arrêté des prix aux entreprises de la branche, se contentaient d'indiquer : « Nous vous rappelons de nouveau que le retour à un régime de liberté contractuelle des prix s'inscrit dans le cadre des objectifs généraux du V^e Plan, qui prévoit notamment que l'indice moyen des prix industriels en 1970 devra accuser une baisse de 6 % par rapport à l'indice général des prix à la même époque. Il importe donc que suivant les assurances données

(1) Note Frank Moderne sous C.E., 2 mars 1973, G.P. des 23-24 mai 1973.

par M. le Président X (de la Chambre syndicale) à M. le ministre de l'Economie et des Finances et à M. le Directeur général des Prix (les entreprises du secteur professionnel) fassent une nouvelle fois preuve de sagesse et de prudence dans l'application du contrat de programme. » Le moins que l'on puisse dire est que les Chambres syndicales ne soulignaient guère le caractère impératif du contrat de programme, s'il existe ! Au contraire de ce que l'on a pu écrire pour d'autres accords contractuels entre les entreprises et l'Etat, les engagements professionnels recouvraient la même réalité « que les simples engagements mondains ou de courtoisie ou encore que la promesse qu'un père fait à son fils de la récompense au cas de succès à ses examens et à laquelle se référait Pothier » (1).

§ 3. — L'ADHÉSION DES ENTREPRISES

Dans la mesure où les engagements professionnels faisaient naître des obligations de comportement économique autres que celles relatives à la détermination des prix (amélioration de la productivité, spécialisation des entreprises, évolution des salaires dans le cadre du plan, etc.), celles-ci devaient être acceptées par les entreprises intéressées, car l'administration n'a aucun pouvoir pour imposer unilatéralement de telles obligations. Ni l'engagement professionnel, ni l'arrêté de libération des prix n'étaient directement applicables aux entreprises de la branche professionnelle. Il était nécessaire que celles-ci notifient leur adhésion à la direction des Prix. Selon les dispositions de l'arrêté n° 25 636 du 29 novembre 1968, la Direction des Prix avait même le pouvoir d'écarter les adhésions de certaines entreprises. La Direction des Prix exerçait un contrôle et les entreprises qui manifestaient leur volonté d'adhérer à l'engagement professionnel devaient fournir un certain nombre de renseignements concernant les caractéristiques de l'entreprise (nature de la production ; chiffre d'affaires hors taxe et T.T.C. ; montant des exportations ; montant des charges salariales ; nombre de personnes employées ; durée hebdomadaire du travail) et les prix pratiqués par l'entreprise (tarifs et conditions de vente effectivement appliqués au 30 novembre 1968 ; modification ultérieurement apportée à ceux-ci ; modalités pratiques de la répercussion en baisse dans les prix hors taxes de la suppression de la taxe sur les salaires ; exemples concrets d'application de cette répercussion) (2).

Au plan juridique, cette adhésion donnait naissance à une situation contractuelle entre l'entreprise et l'administration, contrat unilatéral dont la cause était la liberté des prix. L'entreprise s'engageait à adopter un comportement économique conforme aux objectifs du plan.

(1) M. VASSEUR, « Un nouvel essor du concept contractuel », *Rev. trim., droit civ.*, 1964, p. 45.

(2) Chambre de commerce et d'industrie de Paris, direction des Etudes, « Modalités de fixation des prix », 2^e rencontre université-entreprises Aix-en-Provence, 17 et 18 novembre 1972.

L'administration ne s'engageait à rien (1) car elle pouvait toujours modifier ses décisions même si elle avait prévu que certains prix seraient applicables pendant une période déterminée (2). Rien n'interdit au ministre d'utiliser quand il l'estime nécessaire ses prérogatives de taxation ou de blocage même à l'encontre d'entreprises qui ont adhéré au régime de la liberté contractuelle, comme cela a été du reste le cas en 1969 (arrêtés 25 750 et 25 751 du 9 août 1969). Mais la qualification de contrat était nécessaire puisque l'administration ne pouvait imposer unilatéralement aux entreprises d'orienter leur action en vue de la réalisation des objectifs du V^e Plan.

Encore faut-il préciser quelle est la nature de cet engagement que les entreprises souscrivaient en adhérant au contrat de programme. Il y a deux approches possibles à ce problème.

D'un côté, on peut admettre que les engagements économiques stipulés sont certes ceux de la branche tout entière, mais aussi ceux de chaque firme adhérant à l'engagement professionnel. Pour que le secteur professionnel puisse augmenter sa production, adapter l'évolution des salaires et des prix à ceux du plan, améliorer sa productivité, rationaliser sa production, accroître ses exportations, il faut que chaque entreprise fasse cet effort. Dans cette interprétation, l'obligation des firmes est très précisée, mais aussi très contraignante ; le contenu de leurs engagements recouvre l'ensemble des promesses figurant à l'accord professionnel. L'autre conception consiste à dire que ces promesses ne concernent que les résultats moyens de la branche sans soumettre les entreprises individuelles au respect de chacun de ces engagements. Il n'en demeure pas moins que les firmes ne peuvent faire tout ce qu'elles veulent, puisque si les engagements du secteur professionnel ne sont pas tenus, l'Etat pourra prendre des sanctions, comme par exemple le retrait de la liberté des prix, qui frappera toute la branche. Suivant cette conception, l'on peut dire qu'en signant l'accord professionnel les firmes n'ont pas souscrit des obligations personnelles mais se sont cependant engagées à assurer les objectifs globaux promis par le secteur. Au sein de ces objectifs, une compensation peut s'effectuer entre les résultats de telle ou telle entreprise, mais les objectifs doivent être globalement respectés. Cette compensation nécessaire devrait alors être mise en œuvre par un organisme supérieur à chaque entreprise, qui est la chambre syndicale. Les moyens dont l'organisme professionnel dispose, pour assurer

(1) On ne peut donc pas souscrire à l'affirmation de M. Debré, alors ministre des Finances, qui déclarait le 29 juin 1967 devant l'Assemblée nationale : « Depuis dix-huit mois, la conclusion de contrats de programme a permis le retour progressif à la liberté des prix. Cette dernière résulte ainsi d'engagements des chefs d'entreprise à l'égard de l'administration et, en contrepartie, d'autres engagements que l'administration prend à l'égard des professions et des chefs d'entreprise, en fonction des efforts qu'ils font soit pour réaliser les objectifs du Plan, soit pour assurer telle ou telle tâche, ne serait-ce que celle d'exportation. » L'administration ne prend en fait aucun engagement.

(2) C.E., 25 juin 1954, « Syndicat national de la Meunerie à Seigle », Rec. Lebon, p. 379.

l'exécution, ne sauraient être seulement des moyens de pure incitation. Les firmes dont les résultats sont conformes aux objectifs globaux peuvent être pénalisées par le comportement de certaines entreprises récalcitrantes qui ne se préoccupent pas de ces objectifs. La logique de ce choix aurait dû conduire à donner des pouvoirs corporatifs aux organisations professionnelles de branche. En fait, aucune de ces conceptions n'a prévalu et les engagements de nature économique (à l'exception bien sûr de ceux relatifs aux prix) sont restés lettre morte : la technique du contrat de programme n'a été qu'un moyen de libérer les prix.

Une fois que l'entreprise avait adhéré au contrat de programme, elle recouvrait la liberté de déterminer ses prix. Elle était cependant tenue d'informer l'administration de toutes les modifications qu'elle apportait à ses barèmes. Les entreprises concernées devaient en effet présenter tous renseignements sur les prix pratiqués antérieurement (1). Les changements de prix envisagés devaient être communiqués au moins un mois avant leur entrée en vigueur mais ce délai n'était pas d'application générale. Certains contrats de programme le ramenaient à dix jours comme c'était par exemple le cas de ceux signés avec les branches de production d'appareils ménagers et d'automobiles. D'autre part, quelques barèmes nouveaux ne prenaient effet que dans la mesure où l'administration ne l'avait pas interdit (produits alimentaires). L'arrêté n° 25 727 du 10 septembre 1969 généralisa cette procédure en prévoyant que toutes les hausses nouvelles devaient être autorisées, puis cette condition fut supprimée par l'arrêté du 13 février 1970.

Enfin, l'arrêté numéro 25135 du 9 mars 1966 interdisait, « sauf dérogation particulière accordée par arrêté aux organismes représentatifs des secteurs ou groupes d'entreprises bénéficiant du régime de liberté prévu à l'article 1, l'établissement, sous quelque forme que ce soit, de tarifs ou barèmes de caractère professionnel. Est également interdit aux entreprises placées sous ledit régime tout mode de détermination des prix comportant des clauses de variation automatique... ».

La liberté résultant de l'arrêté de libération pouvait être plus ou moins étendue. Elle ne résultait pas d'une disposition contractuelle, mais d'une situation réglementaire qui ne faisait que manifester l'accord de l'administration à l'engagement unilatéral de l'entreprise. Elle dépendait de l'importance des problèmes spécifiques de l'activité concernée et de l'étendue de leur répercussion sur d'autres secteurs comme l'indique l'exposé des motifs de l'arrêté du 9 mars. Elle pouvait être librement modifiée par l'administration qui, rappelons-le, n'assume aucun engagement contractuel dans le contrat de programme. Pour la même raison, le régime de liberté octroyé à un secteur professionnel donné était unilatéralement décidé par les pouvoirs publics.

Une entreprise pouvait être exclue du bénéfice de la liberté des prix ainsi définie si elle ne respectait pas les clauses de l'engagement professionnel ou de l'arrêté de libération, ou si elle ne tenait pas

(1) Art. 3 de l'arrêté du 9 mars 1966 et A. n° 25727 du 10 septembre 1969.

compte de la suppression de certaines charges fiscales (1). En fait, seule l'inobservation des dispositions relatives aux prix pouvaient donner lieu à sanction : les autres engagements que la profession n'avait aucun moyen de faire respecter ne liait pas individuellement les entreprises qui en faisaient ce qu'elles voulaient. De ce fait, le mécanisme du contrat de programme perdait le seul trait contractuel qu'il revêtait en apparence. Le mécanisme, dont les seules dispositions applicables étaient celles relatives aux prix, trouvait son origine dans les pouvoirs réglementaires dont disposent les pouvoirs publics pour agir sur les prix. C'est l'une des raisons pour laquelle le Conseil d'Etat a analysé au contentieux les « contrats de programme » comme des actes unilatéraux (2), ce qui a permis à l'annotateur de l'arrêt de déduire que le mécanisme n'a pas grand-chose à voir avec un engagement contractuel authentique. Le point litigieux dans cet arrêt concernait en effet la légalité d'un arrêté de libération des prix qui n'a aucune valeur contractuelle et qui trouve sa base dans l'ordonnance du 30 juin 1945 (3). La solution aurait pu être différente si les engagements de contribuer à la réalisation des objectifs du V^e Plan avaient été au centre du débat, car l'existence juridique de ces engagements ne découle pas de l'ordonnance précitée, mais d'une situation contractuelle. Le contrat de programme a raté ses buts en ce qui concerne ces engagements qui n'ont jamais été ressentis comme obligatoires puisque l'on ne savait pas qui ils obligeaient. La technique des contrats de programme aurait pu permettre de faire passer dans les faits les objectifs de politique industrielle mais a été ramenée à une simple mesure de libération des prix. Les mécanismes de réglementation des prix utilisés depuis l'abrogation de l'arrêté de 1966 se limitent strictement à la politique de fixation des prix.

§ 4. — LES ACCORDS ANTI-HAUSSE

La procédure du contrat de programme fut prorogée une première fois jusqu'au 31 décembre 1971 par l'arrêté 25 832 du 29 décembre 1970 (4) puis jusqu'au 15 mars 1972 dans le cadre du programme concerté de lutte contre la hausse des prix (5) qui institua les contrats anti-hausse. Ceux-ci prirent la forme d'avenants aux contrats de programme antérieurement conclus. A la liberté de fixer librement les prix succédait une liberté orientée : les accords limitaient la hausse

(1) Cette disposition résultait de l'arrêté du 29 novembre 1968 mais la sanction était auparavant prévue dans chaque arrêté de libération des prix.

(2) C. E., 2 mars 1973, précité. G.P. des 23-24 mars 1973, note Frank Moderne.

(3) La doctrine était partagée, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, in *Le régime conventionnel des prix, engagements de stabilité et contrats de programme*. Act. Jur. Adm. 1967-1-579 reconnaît une certaine valeur contractuelle aux contrats de programme — contra cf. P. BELTRAME, « Le contrôle des prix et le juge », R.A., 1967, pp. 670 et suiv.

(4) B.S.O.P. du 30 novembre, p. 11.

(5) Arrêté n° 25919 du 16 septembre 1971.

des prix à 1,50 % pour la période allant du 15 septembre 1971 au 15 mars 1972. La divergence entre les objectifs et les résultats peut s'expliquer par la possibilité organisée dans les accords anti-hausse de réviser les termes de l'accord lorsque les prix des matières premières augmenteraient d'un pourcentage supérieur à un plancher préalablement défini. Le régime mis en place ne faisait donc pas obstacle à l'importation de l'inflation.

Ces accords anti-hausse concernaient la quasi-totalité des secteurs, et plus de 180 accords furent signés dans l'industrie (1). Les organisations professionnelles de distribution et de services, qui avaient été admises au bénéfice des contrats de programme par l'arrêté du 27 juin 1968 (2) conclurent 90 accords anti-hausse. Ces accords bloquaient le rapport de la marge au prix de vente (c'est-à-dire le taux de marque) au niveau pratiqué le 16 septembre 1971. Au cas où l'accord n'était pas respecté, l'entreprise de distribution défaillante voyait sa marge en valeur absolue bloquée à ce niveau.

Pour effectuer le contrôle de l'exécution des accords, l'administration avait institué des circuits témoins pour chaque branche et exigeait que les projets de modification des barèmes et conditions de vente lui soient communiqués.

Ces accords anti-hausse constituèrent un moyen de revenir progressivement au contrôle des prix alors que les contrats de programme avaient été un moyen d'en sortir. C'est pourquoi les ajustements de prix furent différents selon que les entreprises concernées avaient ou non procédé à des hausses dans une période rapprochée.

Section IV. — Les accords de programmation

A partir du 1^{er} avril 1972, un retour vers l'assouplissement du contrôle fut accompli par la conclusion d'accords annuels de programmation des prix. Ce régime succède aux accords anti-hausse et a été défini par trois arrêtés du 14 mars 1972 (3). Il a été reconduit avec des modifications de détail jusqu'au 31 mars 1974 par trois arrêtés du 3 mai 1973. La réglementation est différente pour les prix à la production, ceux applicables à la distribution et le régime des prestations de service.

(1) Chambre de commerce et d'industrie de Paris, direction des Etudes « Modalités de fixation des prix », précité.

(2) B.O.S.P. du 28 juin 1968.

(3) Arrêtés n° 72-6/P pour les produits industriels ; n° 72-7/P pour les prix de produits industriels spéciaux et les tarifs de publicité et d'affichage et n° 72-8/P pour les secteurs de distribution et de prestation de service.

§ 1. — LE RÉGIME DES PRIX À LA PRODUCTION

Les régimes des prix applicables aux entreprises de production sont au nombre de cinq : les accords annuels de programmation pour les produits non soumis à la concurrence internationale qui constituent le régime de droit commun et ceux couvrant les produits soumis à forte concurrence ; le régime des prix qui s'applique aux entreprises qui n'ont pas adhéré à, ou n'ont pas respecté l'accord ; enfin les produits particuliers dont les prix sont soit totalement libres, soit taxés.

I. Le régime général de programmation

Ce régime est assez semblable aux contrats de stabilité puisqu'il permet aux intéressés d'établir librement leurs prix pour autant que la moyenne des aménagements ne dépasse pas un pourcentage de hausse annuel déterminé. Le pourcentage maximum de hausse du prix de vente net hors taxe autorisé a été établi par référence à un indicateur moyen national de hausse des prix (fixé à 3 % pour la période allant du 1^{er} avril 1972 au 1^{er} avril 1973 et à 3,6 % pour celle s'étendant du 1^{er} avril 1973 au 1^{er} avril 1974). Les hausses autorisées dans les différents secteurs dépendent de la productivité du secteur et sont établies de telle sorte que l'indicateur moyen national soit respecté. De plus, depuis le 1^{er} avril 1973, les aménagements afférents aux prix de chaque produit ne doivent pas dépasser la moitié de la limite fixée. Les entreprises doivent adhérer individuellement aux accords pour profiter de ce régime. Enfin, comme cela avait été le cas pour les contrats de stabilité, dans les secteurs où les matières premières représentent une part importante des frais d'exploitation, les industriels peuvent répercuter les hausses de certains coûts (1). Pour permettre la surveillance des accords, la direction générale du Commerce et des Prix peut demander à un certain nombre d'entreprises témoins de lui fournir tous les renseignements et justificatifs qu'elle demande sur les éléments de formation des prix, les résultats d'exploitation et l'état de la concurrence. En pratique, les entreprises doivent fournir tous les six mois à cet organisme leur chiffre hors taxe, le montant des salaires versés et l'évolution de la structure des capitaux permanents. De plus, elles doivent communiquer annuellement leur compte d'exploitation, leur bilan et le programme d'investissements qu'elles ont réalisé.

Les entreprises qui ne respectent pas le contenu des accords bénéficient depuis avril 1973 d'un délai de grâce de quinze jours pour se mettre en règle et sinon devront déposer tous projets de hausse des prix un mois avant leur entrée en vigueur auprès de la direction générale du Commerce et des Prix. Il convient de rappeler qu'avant le

(1) Déclaration à la presse de M. le ministre des Finances en date du 3 mai 1973.

1^{er} avril 1972, les entreprises qui contrevenaient aux accords ne pouvaient s'en prévaloir et tombaient alors dans le droit commun du régime des prix, c'est-à-dire le blocage aux tarifs en vigueur avant l'infraction. Cette sanction était bénigne par rapport aux possibilités de sanctions pénales que prévoyait l'ordonnance du 30 juin 1945. Dans l'état actuel des choses, toutes les entreprises ont intérêt à signer un accord de programmation pour échapper au régime du dépôt préalable des barèmes. Après tout, si elles ne respectent pas le contenu des accords et se font prendre, elles risquent seulement d'être ramenées au régime précédent (après un délai de grâce de quinze jours), c'est-à-dire au dépôt préalable de barèmes.

Le régime libéral des accords de programmation explique en partie que, dès le 1^{er} septembre 1972, 207 accords aient été conclus qui couvraient les deux tiers de la production française. Il s'agit d'un régime intéressant pour les entreprises mais qui ne permet pas de contrôler sérieusement les prix.

II. Les régimes spéciaux

Les entreprises dont les produits sont soumis à une forte concurrence intérieure ou internationale peuvent bénéficier de la liberté des prix. Plus de 70 accords ont ainsi prévu qu'au 15 juin 1972 tout ou partie d'une branche retrouverait la liberté de déterminer ses prix. Il s'agit essentiellement de secteurs pour lesquels le pourcentage d'importation et d'exportation excède 25 % par rapport à la production interne. Ils intéressent essentiellement les industries mécanique, électrique et chimique. Malheureusement, ce régime est intervenu à un moment où la hausse des prix était encore plus importante à l'étranger qu'en France. La concurrence internationale ne constituait donc nullement un frein à la hausse ; au contraire, les dispositions du 1^{er} avril 1973 permettaient d'importer la hausse sur le marché interne. Plus grave encore, le régime conventionnel de liberté des prix concernait surtout les biens d'équipement à une époque où les prévisions d'accroissement des équipements productifs étaient précisément les plus faibles en France (les prévisions pour l'année 1973 étaient de 6,2 % en France, au lieu de 7,4 % pour l'U.K., 7,5 % pour la R.F.A., 9 % pour les U.S.A. et 16 % pour l'Italie). Les capacités de production étaient utilisées au maximum, les nouvelles dispositions tendaient à augmenter le coût de l'investissement et freinaient l'augmentation du potentiel industriel alors que la demande entraînait dans une phase de croissance rapide. Les nouvelles dispositions ne pouvaient que favoriser une inflation qu'elles devaient combattre.

Un autre régime spécial s'applique aux entreprises qui ne sont pas couvertes par un accord, soit qu'elles n'en aient pas conclu, soit qu'elles aient contrevenu à un accord auquel elles avaient adhéré. Il concerne peu de produits car la plupart des secteurs sont placés sous le régime conventionnel et peu d'entreprises se font prendre en état d'infraction. Les entreprises placées sous ce régime calculent librement leurs prix mais ne peuvent les mettre en vigueur qu'après examen des nouveaux tarifs par l'administration. Les professionnels intéressés

doivent adresser leurs barèmes à la Direction des Prix ainsi que les conditions de vente. Ils doivent observer un délai d'un mois avant d'appliquer leurs barèmes, délai pendant lequel la Direction des Prix peut faire opposition aux modifications projetées. Cette opposition est soit définitive soit conservatoire, auquel cas des justifications supplémentaires devraient lui être fournies. S'il n'y a pas eu d'opposition formulée dans le délai, le prix déterminé par le producteur devient applicable et prend le caractère de prix limite.

Enfin, les entreprises occupant moins de vingt salariés (qui constituent 95 % des entreprises françaises assurant environ 1/5 du P.N.B.) et celles fabriquant des produits de luxe soumis au taux majoré de T.V.A. (appareillage électronique, photographique, métaux précieux, parfums et porcelaine et boissons alcooliques) profitent de la liberté totale des prix. En revanche, les produits pétroliers, le gaz, l'électricité et les produits pharmaceutiques restent taxés.

§ 2. — LE RÉGIME DES PRIX À LA DISTRIBUTION

Comme les prix à la production, les prix des secteurs de la distribution et des prestations de services sont soumis au régime de la liberté conventionnelle des prix depuis l'arrêté n° 25626 du 29 novembre 1968 modifié par l'arrêté 72-8/P du 14 mars 1972. Les entreprises de distribution déterminent leurs prix librement sous réserve de maintenir la marge pratiquée l'année précédente. Cette condition fait l'objet d'un engagement professionnel comme dans le cas des accords de programmation couvrant les entreprises de production. Rappelons que la marge en valeur absolue est la différence entre le prix de vente et le prix de revient : la liberté des prix est simplement celle d'ajouter le montant de la marge déterminé indirectement par les accords, au prix d'achat majoré éventuellement des frais autorisés, comme par exemple les hausses de T.V.A. Les accords peuvent concerner les branches ou un type de produit. Les premiers sont des engagements conclus entre l'administration et les représentants de la branche et comportent, outre les engagements de marge, des dispositions relatives au libre jeu de la concurrence ; ils organisent les modalités de contrôle sur la base de constatations effectuées par les groupements de consommateurs. Les seconds lient les représentants des divers stades de la production et de la distribution en ce qui concerne le niveau maximum des prix de produits déterminés. Ces conventions interprofessionnelles sont souscrites pour une durée allant de six mois à un an et elles déterminent la hausse moyenne des prix à respecter.

A la différence des accords de programmation couvrant les prix à la production, le régime conventionnel des prix pour les branches de distribution s'applique automatiquement à toutes les entreprises exerçant des activités couvertes par les accords. Les entreprises peuvent cependant y renoncer expressément. Elles sont alors soumises au blocage des barèmes.

Au terme de l'article 4 de l'arrêté du 29 novembre 1968, les engagements professionnels résultent :

- soit d'engagements professionnels nationaux adaptés à l'échelon départemental par des conventions négociées à l'invitation des préfets. Ces engagements sont alors repris par des arrêtés préfectoraux ;
- soit d'engagements professionnels nationaux entérinés par arrêtés ministériels ;
- ou encore de conventions départementales sans engagement national préalable, qui sont reprises par des arrêtés préfectoraux.

Lorsqu'une entreprise ne respecte pas un accord, elle est d'abord rappelée à l'ordre par l'administration. Si elle ne met pas ses tarifs en conformité avec les dispositions de l'accord, l'administration procède au blocage des barèmes au niveau qui prévalait lors de l'entrée en vigueur du régime conventionnel (actuellement fixé au 3 mai 1973). Les prix pourront cependant refléter les changements de coût enregistrés depuis cette date. En outre, l'entreprise fautive doit se soumettre aux mesures accessoires et aux règles de publicité des prix prévues par la convention. Ce régime est aussi celui des entreprises qui ont renoncé au bénéfice de la convention, à l'exception bien sûr des pénalités accessoires. Encore faut-il que l'entreprise ait renoncé expressément au bénéfice de la convention, autrement celle-ci s'applique sans son accord. Même si l'on devait admettre que les accords de programmation donnaient lieu à une quelconque situation contractuelle, il serait bien difficile de défendre cette position en ce qui concerne les accords relatifs aux secteurs de la distribution, sans recourir à des artifices juridiques : puisque l'engagement professionnel s'applique aux entreprises du secteur à moins qu'elles ne l'écartent expressément, et l'administration ne s'engage à rien dans ce prétendu contrat, il faudrait qualifier cette situation de contrat tacite unilatéral !

§ 3. — LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES RÉGIMES « CONVENTIONNELS » DE DÉTERMINATION DES PRIX

Nous avons souligné dans l'analyse des contrats de programme qu'il était difficile de refuser toute qualification contractuelle à la technique telle qu'elle apparaît sur le papier. Les engagements professionnels auxquels les entreprises pouvaient adhérer contenaient tous des dispositions qui dépassaient le problème de la détermination des prix (1) et que les pouvoirs publics ne peuvent imposer de façon unilatérale. Ces dispositions ne pouvaient que résulter d'un engagement contractuel. Cependant, ces obligations sont restées lettre morte car elles n'étaient pas individuellement précisées pour les entreprises adhérant à l'engagement. Comme la branche n'avait aucun pouvoir pour en assurer

(1) Rappelons que la branche s'engage à orienter son activité conformément aux objectifs du Plan sous les différents aspects de la rationalisation, la concentration et la politique des salaires.

l'exécution, ces engagements n'avaient aucun caractère obligatoire et à notre connaissance l'administration n'en a jamais sanctionné l'inobservation par le retrait de la liberté contractuelle des prix. Le caractère contractuel des contrats de programme a disparu avec ces dispositions relatives aux structures et aux investissements. Car il est bien évident que les dispositions relatives aux prix sont en revanche d'ordre réglementaire. Les pouvoirs publics puisent leur pouvoir de réglementer les prix dans les ordonnances du 30 juin 1945 comme vient encore de le rappeler le Conseil d'Etat (1). Cette police des prix prend la forme d'arrêtés que le ministre peut toujours modifier pour l'avenir car un « arrêté réglementaire peut toujours modifier pour l'avenir, expressément ou implicitement, un arrêté réglementaire antérieur au maintien duquel les intéressés n'ont aucun droit » (2). L'administration ne s'engage à rien dans le régime dit conventionnel des prix et l'ordonnance du 30 juin 1945 le lui interdirait (3). Les accords de programmation, les accords anti-hausse comme les contrats de stabilité ne donnent pas naissance à une situation contractuelle. Ces techniques sont simplement des règles facultatives. Elles ne s'appliquent que lorsque les intéressés les invoquent expressément (c'est le cas le plus général) ou bien elles s'appliquent automatiquement à moins que les intéressés ne les écartent expressément (c'est le cas des accords de programmation dans les branches de distribution). Les entreprises ne s'engagent à rien d'autre que de respecter le régime de réglementation des prix mis en place par l'arrêté et à fournir les moyens d'en contrôler l'exécution.

La doctrine se refuse en général à reconnaître un caractère contractuel aux dispositions réglementant les prix (4). On ne saurait cependant invoquer l'arrêt récent du Conseil d'Etat en date du 2 mars 1973 à l'appui de cette doctrine. Pour l'annotateur de cet arrêt à la *Gazette du Palais*, le Conseil d'Etat « paraît éliminer au moins une source de difficultés : les contrats de programme et autres conventions du même type n'ont pas grand-chose à voir avec un engagement contractuel authentique. La haute juridiction administrative les analyse au contentieux comme des actes unilatéraux » (5). Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la légalité d'un arrêté de libération des prix. Les demandeurs avaient attaqué l'arrêté qui se référait à une clause discriminatoire d'un engagement professionnel. Ils n'avaient pas directement critiqué l'engagement professionnel lui-même et ont ainsi su éviter le problème épineux de la nature juridique de cet engagement professionnel qui met en forme solennelle la promesse faite par la profession d'orienter son activité dans le sens des objectifs du plan. Cela a permis au Conseil

(1) C.E., 2 mars 1973, précité, G.P. des 23 et 24 mai 1973.

(2) *Idem*.

(3) Note Frank Moderne, sous l'arrêt précité.

(4) A. DE LAUBADÈRE, traité, T. III, 2^e volume, n^o 834, p. 544. P. BELTRAME, « Le contrôle des prix et le juge », R.A., 1967, pp. 670 et suiv. — Contra J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Act. Jur. Adm., 1967-1-579.

(5) Note Frank Moderne sous C.E., 2 mars 1973, G.P. des 23 et 24 mai 1973.

d'Etat de ne pas prendre position sur ce problème plus délicat. Le problème de la qualification juridique d'un engagement souscrit par des entreprises qui comporte des promesses relatives aux investissements, à la structure du capital ou à la politique d'emploi reste entier. Celui de la qualification juridique des techniques conventionnelles de détermination des prix est réglé : la réglementation des prix n'a aucun caractère contractuel.

Conclusion

L'économie dite contractuelle ne revêt pas le caractère général que l'on voudrait lui prêter. Elle n'a pas pour but d'appliquer les objectifs de la planification et n'en a du reste pas les moyens. Cette constatation résulte de l'étude des trois catégories de techniques directives juridiques que nous avons faite. Parmi les contrats fiscaux tout d'abord l'on doit distinguer contrats unilatéraux et synallagmatiques. L'existence d'une catégorie de contrats fiscaux unilatéraux ne se justifie pas ; celle-ci devrait être remplacée par une législation fiscale incitative. Seuls les contrats synallagmatiques font réellement naître des obligations économiques précises à la charge de l'entreprise contractante mais sont finalement en nombre réduit. Les contrats d'aide financière n'organisent pas un contrôle qui permettrait de s'assurer de l'exécution des engagements économiques. Les contrats de programme, qui semblent d'application générale, ne comportaient pas d'engagements économiques précis de la part des entreprises en raison de leur incohérence. Ils constituaient essentiellement un moyen de contrôle sur les prix dans les secteurs oligopolistiques où une « inflation par les coûts » pourrait s'installer et une mesure « d'espionnage » des entreprises. Le régime des prix, alors même qu'on lui donne des aspects contractuels, est de source réglementaire. Au total donc, l'Etat intervient sur des secteurs très précis de l'économie, pour appliquer des objectifs particuliers. Il intervient de façon ponctuelle pour suppléer certaines déficiences du marché, mais non de façon générale pour appliquer les objectifs du plan. Mais, ainsi limité, l'interventionnisme est indispensable. L'économie française en mutation ne peut s'adapter à la concurrence internationale de façon spontanée et rapide. Il y a, de plus, des secteurs comme celui de la recherche où l'intervention de l'Etat est requise, même dans des pays de tradition purement libérale. La méthode contractuelle est fort utile pour limiter les effets néfastes de l'intervention publique sur le marché. En offrant la conclusion de contrats, l'Etat intervient sans attribut de puissance publique, utilise les méthodes auxquelles les firmes sont habituées et laisse aux entreprises le choix de s'engager. Le contrat permet de négocier, préciser et éventuellement adapter par la suite des engagements dans lesquels la firme trouve sécurité et garantie.

Mais, comme le disait le doyen Ripert, « il est vain de croire à l'avènement d'un régime nouveau de l'économie, si on ne tient pas prêtes les institutions qui lui sont indispensables. Toute évolution sociale doit être en même temps une révolution juridique sans quoi

elle n'est qu'un vain trouble politique » (1). Et l'ensemble des règles applicables aux méthodes nouvelles d'intervention sur l'économie doit être étudié par les juristes. « Le mot droit vient de *directum*. Le droit dirige les actions humaines. S'il faut diriger l'économie, les économistes auront sans doute à dire pourquoi et vers quel but, mais les juristes seuls pourront dire par quelles règles et quelles sanctions. Les uns donneront la fin, les autres les moyens. Il ne servirait à rien de poursuivre une fin que nul moyen ne permettrait d'atteindre » (2). Or, les règles qui sont actuellement applicables sont nettement insuffisantes et souvent contradictoires. Nous avons essayé de montrer dans cette étude que l'on pourrait s'inspirer du droit des obligations dont la cohérence a été éprouvée par des siècles de pratique, pour élaborer un régime plus logique. Bien plus, le droit des contrats permet de déceler les lacunes et les contradictions de la réglementation actuelle. Le droit privé constitue une sorte de « mathématique » du droit à bien des égards, en ce qu'il a été un modèle pour des matières qui ont pris peu à peu leur autonomie. Cela est vrai surtout du droit des obligations qui a été repris en droit administratif. La parenté entre le droit privé et le droit public contractuels nous a permis de passer sous silence un problème qui est resté sous-jacent dans l'analyse que nous avons faite. C'est celui de savoir si le régime applicable aux techniques directives appartient à l'une ou l'autre branche du droit. Pour traiter de cette question il fallait connaître de toute façon la réglementation des mécanismes d'intervention contractuelle, et c'est la raison pour laquelle nous ne le faisons qu'en conclusion.

Tout d'abord soulignons que l'intérêt essentiel de la distinction est de déterminer la juridiction compétente au cas de litige. Or, l'organisation actuelle du contentieux se caractérise par la lenteur. Dans un litige concernant une aide financière refusée en 1957 par exemple, les tribunaux ont enfin réussi à trancher la question de fond au cours des années 1964 à 1967 après de longues discussions sur les questions de compétence (3). Et ce n'est malheureusement pas un cas isolé. La détermination de la juridiction compétente revêt en somme assez peu d'intérêt : les entreprises hésitent à saisir les tribunaux d'un litige éventuel. C'est que la distinction entre droit public et droit privé est loin d'être claire (4). Vouloir en faire une étude précise nous emmènerait trop loin. Le critère de distinction le plus ancien est vraisemblablement celui qui fait de la sphère du pouvoir celle de l'intérêt général, le droit privé étant celui où prévaut l'intérêt des particuliers. Le second critère est lié au premier. Le droit public est le droit des personnes qui exercent des prérogatives de puissance publique. Ces prérogatives s'expliquent par le fait qu'elles sont entre les mains des agents de

(1) RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 2.

(2) RIPERT, *idem.*, p. 216, dans le même sens, cf. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, p. 277, n° 31.

(3) Aff. « Société VANDREY-JASPAR » que le Tribunal des conflits a eu à trancher le 14 novembre 1960 puis le 13 juin 1963.

(4) En 1904 déjà un auteur pouvait dénombrer 17 opinions sur la question. J. Hollinger cité par ROUBIER, *Théorie générale...*, p. 295, note 1.

l'Etat le moyen de faire triompher l'intérêt de la collectivité tout entière sur l'éventuelle résistance des intérêts privés » (1). La première distinction ne peut s'appliquer en notre matière. Les intérêts public et privé y apparaissent là d'une manière indissoluble car, par hypothèse, l'activité est conforme à l'intérêt général puisqu'elle mérite protection et encouragement (2). Si l'on retient le second critère l'on est conduit à faire de tout l'interventionnisme contractuel une matière de droit privé puisque le grand intérêt des techniques directives est que l'Etat fait abandon de ses prérogatives de puissance publique pour créer le moins de troubles possibles sur l'économie de marché (3) car « lorsque, pour diriger l'économie, l'Etat procède par voie contractuelle, c'est à la gestion privée qu'il a recours et non à sa puissance publique » (4). Les techniques directives qui font naître des obligations économiques ont un caractère organisciste. Or, comme on a pu le dire des aides financières remboursables, « il y a un intérêt légitime à éviter, dans une certaine mesure, le recours au droit administratif pour faciliter l'insertion, dans les mécanismes de l'économie privée, de ces crédits et garanties qui, contrairement aux aides non remboursables, entraînent l'établissement de rapports juridiques continus » (5). Pourtant, la jurisprudence est peu nette en ce qui concerne la détermination du tribunal compétent pour connaître des techniques directives, notamment des aides financières (6).

Faute de pouvoir aborder le problème sous l'angle précis des techniques d'interventions contractuelles, force est bien d'analyser la jurisprudence dans le domaine de l'interventionnisme économique. Or, dans cette matière, on en est encore à hésiter sur l'importance qu'il faut attacher à la nature publique ou privée de l'auteur de l'acte litigieux au regard de celle de l'acte lui-même. Certains arrêts récents (7) ont certes semblé s'attacher aux critères matériels par préférence aux critères organiques. Et la doctrine y a décelé une orientation de la jurisprudence. Ainsi a-t-on pu dire « qu'il n'y a plus en général de correspondance automatique entre la nature publique ou privée d'un acte juridique et la qualité de personne publique ou de personne privée

(1) J. RIVERO, « La rencontre du public et du privé », *Recherche sociale*, mai-juin 1968, p. 3.

(2) *Supra*, p. 172.

(3) En ce sens, cf. M. VASSEUR, *Le Droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, p. 333, et KHALIL, thèse précitée, p. 91, n° 111.

(4) M. KHALIL, *idem*.

(5) D. M. SCHEUING, thèse précitée, p. 334.

(6) Matière sur laquelle elle est le plus fournie mais très indécise, cf. SCHEUING, *idem*, pp. 304-305, et jurisprudence citée notamment p. 315.

(7) Arrêts du Conseil d'Etat, « MAGNIER », A.J.D.A., 1961, p. 145 ; — « NARCY », A.J.D.A., 1964, p. 91. Dans le même sens, cf. des arrêts plus anciens : C.E., 13 mai 1938, « Caisse Primaire Aide et Protection », D. 1939, p. 65 ; C.E., 31 juillet 1942, « MONPEURT », D. 1942, p. 138. Le Tribunal des conflits est venu confirmer cette analyse dans les affaires BARBIER (T.C., 15 janvier 1968, R.D.P. 1969, p. 142 et Société Distilleries Bretonnes c. FORMA, T.C., 24 juin 1968, J.C.P. 1969-II-15 764).

de son auteur » (1) ; ou encore que la jurisprudence actuelle « relègue au second plan le critère purement organique de la personne ou de l'organisme qui exerce cette activité » (2). Pourtant, le Tribunal des conflits, dans deux arrêts du 8 décembre 1969 (3), n'a pas confirmé cette analyse, et de fait il n'est pas certain que la jurisprudence n'ait jamais été aussi nette. Les critères organiques ont toujours gardé valeur de présomption au point que certains arrêts ont déduit le caractère public ou privé d'un acte de la seule nature de son auteur, sans se livrer à une analyse de l'acte lui-même (4). Tout cela est désespérément compliqué et bien inutile quand on pense que le législateur, dont c'est quand même le rôle, aurait pu expressément désigner le tribunal compétent. En tout cas, la jurisprudence ne peut être d'aucune aide en notre domaine.

On le comprend du reste. La traditionnelle distinction entre le droit public et le droit privé avait un sens dans une économie dominée par une mystique de la liberté des individus. Les citoyens sont alors par définition égaux et sont tous soumis aux mêmes règles. Pour assurer le développement le meilleur, le principe du « laisser faire » suppose que la liberté du citoyen ne subisse que le minimum de restrictions nécessaires à la vie en société. L'Etat dispose d'une autorité et des prérogatives limitées dans leur domaine. Ce pouvoir n'a pour but que de servir l'intérêt général et est limité à l'activité de police. Mais lorsque dans l'exercice de sa puissance l'Etat se trouve en face du citoyen, ce dernier est en état d'inégalité. Peu à peu s'est formé un droit public qui traduit la situation privilégiée de l'administration (5). La coïncidence était « parfaite entre la nature administrative d'une institution, le caractère d'intérêt général de sa mission et les traits essentiels de son régime juridique » (6). Dans la société de « l'Etat gendarme » d'un côté fonctionnent les services publics avec leurs prérogatives justifiées par l'intérêt général, de l'autre se développent librement les activités privées, et il y a entre les deux une nette séparation. Cette conception n'est plus du tout adaptée à la réalité d'une société dont l'Etat assume au moins en partie le développement économique. Des institutions qui ne sont pas des collectivités publiques sont nées, qui fonctionnent pourtant dans des conditions exorbitantes du droit commun. Des institutions qui sont, elles, des collectivités

(1) Conclusion du Commissaire du gouvernement KAHN sur l'arrêt « Société Interlait », 3 mars 1969, A.J.D.A., 1969, p. 307.

(2) Note J.D.M. sous CAPUS, A.J.D.A., 1968, p. 578, dans le même sens note de M. CHESNEAU, D. 1968, p. 233 et chron. SABOURIN au D. 1970, chron. p. 9.

(3) T.C. 8 décembre 1969 (SOYER C. SAFER de Bourgogne) et (ARCIVAL c. SAFALT), J.C.P.-1970-16 285 note Y. H. GAUDEMET et M. FLEURIET.

(4) C.E. 13 octobre 1961, « Ets Companon Rey », Rec. p. 567, T.C. 3 mars 1969, « Interlait », A.J.D.A., 1969, p. 307.

(5) Sur tous ces points voir B. CHENOT, *Organisation économique de l'Etat*, pp. 41 et suiv., J. RIVERO, « Droit public et droit privé, conquête ou statu quo ? », D. 1947, chron. pp. 69 et suiv., J. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, 1950, pp. 5 et suiv. Du même auteur, *Droit privé et droit public*, D.H., 1946, pp. 25 et suiv.

(6) B. CHENOT, précité, p. 79.

publiques fonctionnent comme les entreprises privées. Les monopoles de droit public doivent se fournir en matériel auprès de producteurs privés, ce qui mêle les deux secteurs public et privé. Dans le domaine économique, l'Etat renonce à ses procédés de puissance publique. Les services publics industriels et commerciaux sont publics par leurs intitulés, privés par leur statut. Enfin, et c'est le comble de la confusion, les intérêts privés sont souvent d'intérêt général et réciproquement. Dans ces conditions, il devient impossible de vouloir qualifier l'interventionnisme économique.

Quelles conclusions en tirer quant au droit applicable aux techniques directives et à la détermination du tribunal compétent ? La caractéristique essentielle de notre droit administratif c'est, dans le domaine contractuel, l'inégalité des contractants, et le rejet du principe de l'article 1134 du Code civil français, que les contrats font la loi des parties (1). D'autre part, le droit public se caractérise surtout par la possibilité de créer unilatéralement en dehors du contrat des obligations à la contrepartie : pouvoir d'injonction, pouvoir de commande. Or, l'intervention de l'Etat sur certains secteurs de l'économie doit se faire au moindre dommage pour l'industrie. La confiance des entreprises suppose que leur soient octroyées des garanties pour qu'elles jouissent d'une certaine sécurité. Le besoin dans lequel elles sont de prévoir longtemps à l'avance leurs programmes nécessite la stabilité. La sécurité est incompatible avec le pouvoir d'injonction, la stabilité avec celui de modification unilatérale. Au plan des moyens la distinction entre droit public et droit privé délimite « deux procédés d'action : la décision autoritaire, la libre adhésion contractuelle. On conçoit mal, pour des raisons qui tiennent, plus qu'à l'analyse juridique, à la nature humaine, une technique qui se situerait hors du champ délimité par les deux pôles de la contrainte et de la liberté » (2). Or, au plan des principes, il n'est pas admis que l'Etat puisse contraindre une entreprise à adopter un certain comportement économique : lorsque celle-ci s'engage à suivre un certain programme, il est plus logique de soumettre l'obligation contractuelle au droit privé. En fait, comme nous l'avons vu au long de cette étude, le droit privé fournit un modèle pour une législation spéciale des techniques directives. Ce droit nouveau, que l'on peut appeler si l'on veut droit économique, permettrait « d'envisager la règle de droit non plus dans son libellé, mais sous son aspect fonctionnel du point de vue de ses applications, et de considérer la réalité dans sa complexe totalité » (3). Mais le fondement de l'élaboration des règles s'appliquant aux techniques directives serait le droit privé.

(1) M. WALINE, observations sur le rapport présenté par J. FLOUR sur « l'influence du droit public sur le droit privé en France », in *Trav. de l'assoc. H. Capitant*, 1946, T. II, p. 230.

(2) J. RIVERO, article précité, p. 8.

(3) M. VASSEUR, *Le droit de la réforme des structures industrielles...*, précité, p. 517 ; cf. également HAMEL, « Vers un nouveau droit économique », in *Economie contemporaine*, nov.-déc. 1951, p. 6 ; et l'article plus ancien de KIRALY, « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique », in *Mélanges Geny*, T. III, pp. 111 et suiv.

En découle-t-il nécessairement que les tribunaux de l'ordre judiciaire soient compétents en notre matière ? Ils ne sont vraisemblablement pas plus aptes que ceux de l'ordre administratif pour connaître des mécanismes de la gestion des entreprises. Au plan des aptitudes respectives des deux ordres de juridictions le problème est insoluble. De toute façon les procédures traditionnelles devant ces juridictions ne permettent pas d'obtenir la solution rapide qu'appellent les litiges en notre matière. Aussi bien doit-on envisager une tierce solution. L'organisation d'un arbitrage économique et social à laquelle nous avons maintes fois fait allusion lèverait nombre de difficultés. Il est probablement purement idéaliste de désigner un troisième ordre de juridiction, qui serait appelé à connaître les problèmes de droit économique. Faute d'une Cour suprême commune, cela ne ferait que doubler les problèmes de compétence. Du moins peut-on imaginer que dans chaque technique directive les parties prévoient qu'une autorité extérieure ait vocation à connaître des problèmes d'exécution. « La difficulté majeure résidera, sans nul doute, dans le recrutement d'une telle magistrature qui devra réunir des hommes suffisamment rompus à la gestion des entreprises comme à la conduite des grands intérêts de l'Etat pour accorder des impératifs multiples et parfois divergents, suffisamment connus, estimés et respectés pour faciliter l'adhésion à leurs arbitrages » (1). On peut envisager que le recrutement puisse se faire dans la fonction publique et dans le secteur privé par parts égales, réalisant dans l'organisme d'arbitrage lui-même la rencontre du privé et du public, et amorçant peut-être une meilleure compréhension entre deux types d'hommes (2).

Ainsi, les techniques directives pourraient-elles ouvrir une troisième voie entre les deux catégories de règles juridiques, de même qu'elles constituent déjà une manière nouvelle d'intervenir sur l'économie française.

(1) ARRICHI DE CASANOVA, précité, p. 355.

(2) J. RIVERO, *La rencontre du public et du privé*, p. 7.

BIBLIOGRAPHIE

I. — TRAITÉS ET OUVRAGES

- BAUCHET Pierre. — *La planification française ; quinze ans d'expérience*, Paris, Ed. du Seuil, 1962.
- BERLE Adolph A. — *A new development in american political economy*, 1959.
— « La réorganisation de l'économie américaine » (*The American Economic Republic*), P.U.F., 1965.
- BLOCH-LAINÉ François. — *A la recherche d'une économie concertée* (Ed. de l'Epargne), 1959, 3^e éd. 1964.
— *Pour une réforme de l'entreprise*, Ed. du Seuil, 1967.
- BROCHIER Hubert et TABATONI Pierre. — *Economie financière*, P.U.F., 1959, rééd. 1963.
- CALAN Pierre DE. — *Renaissance des libertés économiques et sociales*, Paris, Plon, 1963.
- CARBONNIER Jean. — *Manuel de droit civil*, P.U.F., 1955-1957.
- CATHERINE Robert et GOUSSET Pierre. — *L'Etat et l'essor industriel, Du dirigisme à l'économie concertée*, Paris, Berger-Levrault, 1965.
- CHAZEL Alain et POYET Hubert. — *L'économie mixte*, Paris, P.U.F., 1963 (Que sais-je ?).
- CHENOT Bernard. — *L'organisation économique de l'Etat*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1965.
- DENTON, FOSYTH et MACLENNAN. — *Economic planning and policies in Britain*, Londres 1968 (G. Allen and Unwin LTD.).
- DONY Jean, GIOVANNETTI Alain et TIBT Alain. — *L'Etat et le financement des Investissements privés*, Berger-Levrault, 1969.
- ELLUL Jacques. — *Histoire de la Propagande*, Paris, P.U.F., 1963 (Que sais-je ?).
- FLOUR Jacques. — *Cours de droit civil*, 2^e année, 1964-1965, Cours du droit, Paris.
- FOURASTIÉ Jean et COURTHEOUX Jean-Paul. — *La planification économique en France*, Paris, P.U.F., 1963.
- GÉLINIER Octave. — *Le secret des structures compétitives*, Paris, Bibl. du Management, 1969.
- GRAVIER Jean-François. — *Aménagement du territoire et avenir des régions françaises*, Paris, Flammarion, 1964.
- GRUSON Claude. — *Origine et espoir de la planification française*, Paris, Dunod, 1968.
- HACKETT J. W. — *Economic planning in France*, London, 1963.
- HEMARD Jean. — *Les contrats commerciaux*, Paris, Sirey, 1953.
- LAGACHE Michel. — *Les investissements privés et le concours financier de l'Etat*, Paris, Berger-Levrault, 1959.
- LA PERRIERE DE. — *Le plan et les grandes entreprises*. Commissariat au plan.
- LATTRE André de. — *Politique économique de la France depuis 1945* (I.E.P. 1967-1968), Paris, Cours du droit, 1968, 1970.
- LAUBADÈRE André DE. — *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956.
— *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1953, 5^e éd. 1970.

- LAUFENBURGER Henry. — *L'intervention de l'Etat en matière économique*, Paris, L.G.D.J., 1939.
- LUTZ. — *Central planning for the market economy* (Longnans, Green and Co L.T.D., Londres), 1969.
- MACARTHUR John et SCOTT Bruce R. — *L'Industrie française face aux Plans*, Paris, Ed. de l'Organisation, 1970.
- MASSE Pierre. — *Le plan ou l'anti-hasard*, Paris, Gallimard, 1965.
- MATHIOT André. — *Cours de grands services publics et entreprises nationales*, Paris, Cours du Droit, 1967-1968.
- NOTAIRES (Congrès des). — *Le droit des sociétés au service de l'évolution des entreprises*, Royan, 1966.
- PERROUX François. — *L'économie du XX^e siècle*, Paris, P.U.F., 1961.
— *Economie et société* Contrainte, Echange, Don, Paris, P.U.F., 1960.
— *Le IV^e Plan français*, Paris, P.U.F., 1963.
- PLAN NATIONAL. — « Commission de l'économie générale du V^e plan », Documentation française, annexes.
- PIETTRE André. — *Les trois âges de l'économie*, Paris, Ed. Ouvrières, 1955.
- SAINT-GEOURS Jean. — *La politique économique des principaux pays industriels de l'Occident*, Paris, Sirey, 1969.
- STOLERU Lionel. — *L'impératif industriel*, Paris, Ed. du Seuil, 1969.
- VASSEUR Michel. — *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, Paris, R. Pichon, 1959.
— *L'Etat banquier d'affaires*, Paris, Dalloz, 1962.
- VEDEL Georges. — *Précis de droit administratif*, Paris, P.U.F., 3^e éd. 1964.

II. — THÈSES

- BAZEX Michel. — *Corporatisme et droit administratif*, thèse Droit Toulouse 1967.
- BREDIN Jean-Denis. — *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1957.
- DEMICHÉL André. — *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés*, Paris, L.G.D.J., 1960.
- EL-GAMMAL Mostapha. — *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, Paris, L.G.D.J., 1967.
- FARJAT Gérard. — *L'ordre public économique*, L.G.D.J., 1963.
- FROSSARD Joseph. — *De la distinction des obligations de moyen et de résultat*, Paris, L.G.D.J., 1965.
- JACQUOT Henri. — *Recherche sur le régime et la nature juridique des plans français*, thèse Droit, Paris, 1967, Dactyl.
- KHALIL Magdi Sobhy. — *Le dirigisme économique et les contrats*, L.G.D.J., 1967.
- LAMARQUE Jean. — *Recherche sur l'application du droit privé aux services publics*, Paris, L.G.D.J., 1960.
- MOTULSKY Henri. — *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*. (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), Paris, Sirey, 1948.
- SCHEUING Pieter Helmut. — *Les aides financières publiques aux entreprises privées. Contribution à l'étude juridique de l'administration économique*, thèse dactyl., Paris, 1968.

III. — ARTICLES

- ARRIGHI DE CASANOVA, « Les quasi-contrats du plan », in *Droit social*, 1965, p. 341.
- BATAILLER F. — « Une nouvelle technique d'économie concertée : les quasi-contrats pour l'exécution du plan », in *Revue de science financière*, 1964, p. 367.

- BATIFFOL M. — « La crise du contrat et sa portée », in *Arch. de philo. du droit*, 1968, n° 13, p. 21.
- BELTRAME P. — « La fiscalité de l'aménagement du territoire », in *Revue de science financière*, avril-juin 1967, pp. 272-350.
- BIZAGUET A. et GAULLIER. — « Le Trésor public, son financement et son rôle », in *Revue du Trésor*, 1961, p. 271.
- BLOCH-LAINÉ F. — Préface à l'ouvrage de M. VASSEUR, *Le droit de la réforme des structures industrielles...*
— « L'Etat partenaire », in *Jeunes patrons*, novembre 1962.
- BOULOUIS J. — « Contribution à l'étude de l'administration au moyen de subventions », in *Rev. Int. de droit adm.*, 1952, p. 321.
- BOURDONCLE R. — *Le régime juridique de la planification française*, 1958, p. 33.
- BROCHIER H. — « Syndicalisme et planification », in *Cahiers de la Reconstruction*, juin 1963, p. 13.
- BUQUET L. — *Le plan Monnet*. D. 1947, p. 29.
- Bureau de recherche et d'action économique. — « La politique d'incitation », Paris, 1960.
- BYE M. — « Le pouvoir économique », Leçon à la semaine sociale de Lille, 1949.
- BRAIBANT C. — « Réflexions sur les structures juridiques de la planification française », in *Revue de droit contemporain*, 1966.
- CHAPAL. — « Recherche sur la notion et le régime des actes juridiques à caractère prospectif », A. J. 20 juin 1969, Doct. p. 323.
- Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, direction des études, 2^e rencontre Université-Entreprises, Aix-en-Provence, 17 et 18 novembre 1972.
- C.N.P.F. — « De la forme et des méthodes d'un plan national dans une économie de marché », octobre 1967.
- Comité de développement industriel. — Rapport du 23 avril 1968. — Commissariat au plan.
- COURTHEOUX J.-F. — « Problèmes sociologiques d'une planification indicative », in *Revue économique*, sept. 1968, n° 5.
- DAVID R. — « Arbitrage du XIX^e siècle et arbitrage du XX^e siècle », in *Mélanges Savatier*, 1965, p. 231.
- DRANCOURT M. — « Pour une économie concertée », in *Entreprise* du 13 septembre 1967.
- DURAND P. — « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *Rev. trim. de droit civ.*, 1944, p. 73.
— *La tâche moderne du droit privé*, D. 1956-chron., p. 73.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. — « Le régime conventionnel des prix : engagement de stabilité et contrats de programme », A.J.D.A., 1967-I-579.
- EBRARD P. — « Les avantages fiscaux sur agrément administratif », in *Revue de science financière*, 1967, p. 41.
- FERRY J. — « Entreprises privées et services publics », in *Bull. du C.N.P.F.*, février 1963, p. 18.
- Finances et Affaires économiques (Ministère). *Les modes de crédit utilisables pour le financement des entreprises industrielles et commerciales* (Imprimerie nationale), janvier 1963.
- FLOUR J. — « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Mélanges Ripert*. T. I, 1950, p. 43.
— « Influence du droit public sur le droit privé », in *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1946, T. II, p. 45.
- FRANCE FORUM. — *Que pourrait être une magistrature économique et sociale*, septembre 1963.
- FROMONT M. — *Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative*, A. J. novembre 1966, Doct. p. 588.
- GEORGEL J. — *L'agrément administratif*, A.J.D.A., 20 septembre 1962, p. 467.

- GRAINDORGE et LANCHON. — « Les agréments fiscaux », in *Futuribles* (S.E.D.E.I.S.), janvier 1968.
- GUÉRIN P. — « Les contrats fiscaux », in *Bulletin des finances*, 1965, n° 32, p. 24.
- GUESNON. — « La compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur », in *Bul. de liaison et d'infor. de l'adm. centrale des fin.*, juin-août 1965, p. 36.
- GUYENOT J. — *Commentaire de l'o. 67-833. D. 1968-L-139.*
- HAMEL J. — « Vers un nouveau droit économique », in *Economie contemp.*, nov.-déc. 1951, p. 1.
- HEBRAUD P. — « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges Maury*, p. 441.
- HEMARD J. — « L'économie dirigée et les contrats commerciaux », in *Mélanges Ripert*, T. II, 1950.
- JACQUOT H. — « Sur la nature juridique des plans français », *Droit social*, juin 1969.
- JEANTET F.-C. — « Aspects du droit économique », in *Mélanges Hamel*, p. 33.
- JOSSERAND. — « L'essor moderne du concept contractuel », in *Mélanges Gény*, T. III, 1935, p. 33.
- KATZAROW K. — « La planification comme problème juridique », *Revue Int. droit comp.*, p. 298.
- KIRALY. — « Le droit économique branche indépendante de la science juridique », in *Mélanges Gény*, T. III, 1935, p. 111.
- HARVEN DE. — « L'intervention de l'Etat dans les contrats », in *Trav. Assoc. H. Capitant*.
- LISTAMBERT. — Rapport sur « les contrats de stabilité » in *Bulletin mensuel de la Chambre de commerce de Paris*, mai 1965, n° 5.
- MARCHAL A. — « Les rapports du droit et de l'économie politique », in *Introduction à l'étude du droit*, 1953, T. II, p. 201.
- MASPETIOL. — « Les techniques juridiques de l'économie globale », in *Arch. de philo. du droit*, 1952, p. 132.
- MASSE P. — « Prévisions et perspectives » in *Etapes de la prospective de G. Berger*, 1967.
- MERCADAL J. — « Le IV^e plan et le droit commercial », *Rev. trim. de droit com.*, 1964, p. 499.
- MÉRIGOT J. — « Une formule déconcertante, l'économie concertée », *Revue de défense nationale*, 1961-II, p. 703.
- MODERNE F. — « La nature juridique des Contrats de Programme en matière de prix », G.P. 23-24 mai 1973, p. 10.
- MORANGE G. — « Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie », D. 1956, p. 117.
- RIVEAU. — « La planification indicative en France », *Economie appliquée*, T. XV, janv.-juin 1962.
- Perspectives* (revue hebdomadaire de la société d'études et d'information économiques), « Les contrats de stabilité », 8 janvier 1966. Anonyme.
- « Les contrats de stabilité et contrats de programme », 22 octobre 1966, Anonyme.
- « Une nouvelle technique d'intervention : le contrat fiscal », 22-29 janvier 1966. Anonyme.
- « De l'économie concertée à l'économie contractuelle », 3-10 juin 1967. Anonyme.
- PIETTRE A. — « Entreprise privée et économie contractuelle », *Chronique sociale de France*, 1963.
- « Sur l'économie contractuelle », in *Le Monde* des 15-16-17 mai 1963 ; et « Vers l'économie de service concertée et contractuelle », in *Le Monde* du 20 juillet 1960.

- « A la recherche d'une nouvelle liberté : l'économie contractuelle », *Rev. des trav. de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1963, p. 114.
- RIVERO J. — « Le plan Monnet. Le problème juridique », *Droit social*, XXXVI, 1950, p. 16.
- « Droit public, droit privé. Conquête ou statu quo ? », *D. 1947, Chron.*, p. 69.
- « Action économique de l'Etat et évolution administrative », *Revue Economique*, 1962, p. 886.
- « La rencontre du public et du privé », *Recherche sociale*, mai-juin 1968.
- ROUBIER P. — « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Arch. de philo. du droit*, 1957, p. 1.
- SAINT-GEOURS J. — « Le financement des investissements et le F.D.E.S. », *Banque*, 1956, p. 755.
- SAVATIER J. — « Droit privé et droit public », *D.H.*, 1946, *Chron.*, p. 25.
- SENNEVILLE G. DE. — « L'économie contractuelle », *Projet*, janvier 1967.
- SOTO J. DE. — L'imprévision et l'économie dirigée », *J.C.P.*, 1950, I, p. 817.
- STAINOV P. — « Nature juridique des actes de planification », *Rev. de droit public*, 1963, p. 317.
- Statistiques et études financières*, « Les moyens monétaires et financiers accordés à l'économie », septembre 1969, p. 102.
- TEITGEN P. H. — « La réglementation des prix et la liberté du commerce », *Droit social*, 1961, p. 20.
- TIMSIT G. — « Les contrats fiscaux », *D. Chron.*, p. 120.
- VASSEUR M. — « Un nouvel essort du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *Rev. trim. de droit civ.*, 1964, p. 1.
- VEDEL G. — « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *Mélanges Mestre*, p. 527 et s.
- VERGEOT J. — « Plans indicatifs et économie concertée. De l'expérience française à la construction européenne », *Revue de science économique*, mars 1961, p. 31.

INDEX

A

Accords de programmation, 203-207.
 Acte condition, 52.
 Adaptation des petites entreprises, 81.
 Agent administratif compétent (aide financière), 139-192.
 Agent administratif compétent (contrat fiscal), 76.
 Agrément fiscal et agrément administratif, 56.
 Agrément fiscaux (conditions d'octroi des agréments fiscaux)
 (A. 10/8/71, L 69-1168-26/12/69), 51.
 Agréments fiscaux (instruction du 17 juin 1964), 55.
 Agréments fiscaux (décret du 21 mai 1964), 55.
 Agréments fiscaux (ord. n° 59-248 du 2 février 1959, conventions avec les PME), 63.
 Agréments fiscaux (circulaire 24 mars 1967), 68.
 Agréments fiscaux (compétence FDES), 76-80.
 Agréments fiscaux (compétence, procédure déconcentrée), 76.
 Agréments fiscaux (entreprises habilitées), 79.
 Agréments fiscaux (pouvoirs de l'administration), 77.
 Aides financières (généralités), 38.
 Aides financières (classification), 135-137.
 Aides financières (types d'), 149-153.
 Aides financières (conditions de forme), 160-162.
 Aides financières (objet des), 148-156.
 Aides financières (procédure d'octroi), 161.
 Aides (à la formation de la main-d'œuvre), 154.
 Aides (à la recherche scientifique), 165.
 Agrément fiscal (en général), 50, 52-57.
 Aménagement du territoire (pouvoir d'appréciation), 54, 77.
 Aménagement du territoire :

— réduction du droit de mutation (art. 2 D. 21 mai 1964), 55 ;
 — exonération de la patente, 55.
 — amortissement exceptionnel des constructions nouvelles, 55.
 Arbitraire, 71.
 Actes prospectifs, 17.
 Acte condition, 15.

B

Blocage des prix (produits), 187.

C

Cadre de légalité, 6, 5, 14, 21, 25-35.
 Classification des contrats d'économie concertée, 60, 135-136.
 Clause pénale, 120, 131.
 Compétence (aides financières), 140-141.
 Compétence (contrats fiscaux), 74-77.
 Compétence des tribunaux, 70, 209-214.
 Concertation, 13, 14, 30, 68-69.
 Concurrence, 3, 6.
 Consensualisme, 29-31.
 Contrat fiscal synallagmatique, 94.
 Contrat fiscal unilatéral, 93.
 Contrat d'organisation économique, 58.
 Contrat de programme, 191-202.
 Contrat de stabilité, 188-191.
 Contrôle de l'octroi d'avantages particuliers, 88-89, 167-168, 182-183.
 Crédit National, 168-169, 176-177.
 Crédit National (mandat), 146, 169.
 Critère de distinction entre situation contractuelle et acte administratif unilatéral, 60.

D

Développement régional (inst. 17 juin 1964, D. 21 mai 1964), voir aménagement du territoire, 54, 55.
 Dommages-intérêts, 123-125, 178.
 Durée du contrat d'aide financière, 164-165.

E

Egalité entre administrés, 157, 179, 197.
 Emploi (dispositions relatives à l'), 98, 151-152.
 Emploi (tiers au contrat d'aide financière), 170-171.
 Engagements des entreprises (contrats de programme), 193.
 Engagements des syndicats professionnels (contrats de programme), 194-195.
 Equilibre des prestations, 16, 86-90.
 Exonération de l'impôt sur les bénéfices (D. 29 août 1957 (abrogé), loi du 12 juillet 1965), 53.
 Exploitation, 80, 153.

F

Facture protestable, 31, note 2.
 Faute, 172.
 Filiales communes, 81.
 Filiales d'entreprises (adaptation au Marché Commun), 84.
 Finance, 29, 36-39.
 Force majeure, 128-129, 174-175.
 Formalisme, 6, 29-31.
 Fraude, 90, 167.
 Fusion, 34, 97.

G

Groupement d'intérêt économique, 28, 33.

I

Impératif industriel, 8-11.
 Incitations, 10, 11, 13, 21, 31-32, 62, 93.
 Incitation par la réglementation des prix, 190.
 Inexécution par l'entreprise (aide financière), 173-174.
 Information, 44.
 Influence économique de l'Etat, 3-8.
 Information de l'administration, 195.
 Insuffisances de la réglementation actuelle des contrats fiscaux, 132-133.
 Insuffisance de la politique dite contractuelle des prix, 199.
 Insuffisance des techniques d'économie concertées, 209.
 Interdépendance des obligations résultant d'une aide financière, 181.
 Intérêts de retard, 120-122, 131.

Interventionnisme économique (introduction), 9.

L

Liberté d'entreprendre (voir aussi « pouvoirs discrétionnaires de l'administration », 47.
 Liberté des prix (contrats de programme), 201.
 Licéité des aides financières, 156.
 Licéité des contrats fiscaux, 100-101.
 Licéité des techniques dites contractuelles de contrôle des prix, 185.
 Liquidation d'entreprises inactives, 97.
 Logements (aides financières), 156.

M

Marchés publics, 42.
 Menaces de contentieux, 176.
 Moyens impératifs d'intervention économique, 119, 171.
 Mise en demeure, 173.

N

Neutralité de l'Etat, 7.

O

Obligation de résultat, obligations de moyens, 127, 175.
 Obligations des syndicats professionnels résultant d'un arrêté de libération des prix, 197-199.
 Ordonnances économiques de 1967, 26-32.
 Ordre public, 18.

P

Pénalités, 177-178.
 Plan, 2, 20, 72-73, 96, 119-120.
 Politique d'affichage (aménagement du territoire), 54, 77-78.
 Politique économique (introduction).
 Pouvoir discrétionnaire de l'administration, 47, 53, 55-56, 93.
 Prêts d'appoint, 153-154.
 Prime de développement industriel, 136-137, 147, 149, 150, 160, 161.
 Principe d'égalité, 20, 158.
 Prix (réglementation), 186-207.
 Procédure (agréments fiscaux), 102-104.

Puissance publique, 12, 20, 121.
Psychologie industrielle, 46.

Q

Qualification juridique des contrats de stabilité, 188-190.
Qualification juridique des régimes « conventionnels » de détermination des prix, 192, 207-209.
Qualification juridique des aides financières, 143-144.

R

Recherche (aide à la), 152, 162, 165-167.
Réduction des coûts, 39-41.
Réforme de structure, 80.
Régime de responsabilité de l'administration (contrats fiscaux), 123-126.
Régime de responsabilité de l'administration (aides financières), 180.
Règlements d'incitation, 58-59.
Réglementation des ententes, et agréments fiscaux, 37.
Renouvellement de l'aide financière, 179.
Résiliation de l'aide financière, 182.
Renseignements à fournir par les entreprises (contrats de programme), 199.
Responsabilité de l'administration, 180.
Responsabilité et gestion, 174.
Responsabilité des syndicats professionnels (contrats de programme), 197-199.

Retrait de l'agrément fiscal, 120-122, 124-125, 129-131.
Révision des contrats (en général), 17, 18.
Révision des contrats fiscaux, 108-112.
Révision des contrats d'aide financière, 179.
Révision du cadre légal et révision du rapport contractuel, 111.
Rôle du Parlement (aides financières), 138.

S

Sanction d'inexécution, 23.
Sociétés financières d'innovation, 79.
Stabilisation des prix et agréments fiscaux (loi 63 628 du 2 juillet 1963), 97.
Stabilité des accords d'économie concertée, 17-19.
Statut légal (voir également « cadre légal »), 14, 15.
Suspension de l'aide financière, 182.

T

Taux d'intérêt (aides financières), 115.
Techniques directives, 12-13, 36.
Techniques sectorielles d'incitation, 35-46.
Techniques incitatives, 46.
Transfert (indemnités), 136.
Transmission des droits et obligations nés du contrat fiscal, 116.

ACHEVÉ D'IMPRIMER
L'IMPRIMERIE AUBIN



SUR LES PRESSES DE
86 LIGUGÉ / VIENNE

LE 15 MARS 1974

